UNIVERSITÉ DE LAUSANNE - FACULTÉ DE DROIT

LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE

selon les dispositions civiles
de la loi fédérale sur la concurrence déloyale,
du 30 septembre 1943

THÈSE

DE LICENCE ET DE DOCTORAT
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

PAR

ANDRÉ PERRIN
LICENCIÉ EN DROIT

LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.
1960

LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE

SELON LES DISPOSITIONS CIVILES DE LA LOI FÉDÉRALE SUR LA CONCURRENCE DÉLOYALE DU 30 SEPTEMBRE 1943

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. André Perrin, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : *La concurrence économique selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943.*

Lausanne, le 15 mars 1960.

Le doyen de la Faculté de droit :

F. GILLIARD.

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE - FACULTÉ DE DROIT

LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE

selon les dispositions civiles
de la loi fédérale sur la concurrence déloyale,
du 30 septembre 1943

THÈSE

DE LICENCE ET DE DOCTORAT
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

PAR

ANDRÉ PERRIN
LICENCIÉ EN DROIT

LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.
1960

Veuille Monsieur le professeur Roger Secrétan trouver ici l'expression de toute notre gratitude pour ses conseils et le bienveillant appui qu'il nous a prêté dans l'élaboration de ce travail.

A mon oncle le professeur Paul Turin

ABRÉVIATIONS

AIPPI	Association internationale pour la protection de la propriété industrielle.
BGB	Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch).
Bl ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
Bull. sten.	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale.
CCF	Code civil français.
CCI	Chambre de commerce internationale.
CCS	Code civil suisse.
CE	Conseil des Etats.
CF	Conseil fédéral.
CN	Conseil national.
CO	Code fédéral des obligations.
CPS	Code pénal suisse.
CUP	Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la Protection de la Propriété industrielle, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925 et à Londres le 2 juin 1934.
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift des deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums (revue juridique allemande).
JT	Journal des tribunaux.
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention, du 25 juin 1954.
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943.
LMF	Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles, du 26 septembre 1890, modifiée par les lois fédérales du 21 décembre 1928 et du 22 juin 1939.
PI	La propriété industrielle. Revue mensuelle du Bureau international pour la protection de la propriété industrielle.
RC	Registre du commerce.
RIPIA	Revue internationale de la Propriété Industrielle et Artistique. Organe de l'Union des Fabricants pour la protection internationale de la propriété industrielle et la répression de la contrefaçon. Paris.
RO	Arrêts du Tribunal fédéral suisse. Recueil officiel.
RSPIDA	Revue suisse de la propriété industrielle et du droit d'auteur. Organe du Groupe suisse de l'AIPPI et de l'Association Suisse pour la protection du droit d'auteur.
SJ	La Semaine judiciaire.
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung. Revue Suisse de Jurisprudence.
TF	Tribunal fédéral.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. Revue de la Société des Juristes bernois.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Revue de Droit Suisse.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Abréviations 8
Bibliographie 11

INTRODUCTION 15

Première partie

L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

Introduction 25

Titre I *La doctrine* 27

Chapitre I En Allemagne 27
Chapitre II En France 30
Chapitre III En Suisse 31
§ 1 Jusqu'en 1945 31
§ 2 De 1945 à nos jours 35

Titre II *La jurisprudence suisse* 41

Chapitre I Sous l'empire de l'article 50 du Code des obligations de 1881 42
Chapitre II Sous l'empire de l'article 48 du Code des obligations de 1911 42
Chapitre III Sous l'empire de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, de 1943 43

Titre III *Critique et propositions* 46

Chapitre I Il s'agit d'une activité 47
Chapitre II Genre d'activité 48
Chapitre III Activité indépendante 49
Chapitre IV Activité principale ou accessoire 56
Chapitre V Durée de l'activité 58
Chapitre VI La clientèle 59
Chapitre VII La rémunération 65

Titre IV *Conclusion* 72

Deuxième partie

LE RAPPORT DE CONCURRENCE

Introduction 73

Titre I *Le droit suisse avant 1945* 75

Chapitre I L'article 50 du Code des obligations de 1881 . 76
Chapitre II L'article 48 du Code des obligations de 1911 . 80
§ 1 La jurisprudence 81
§ 2 La doctrine 85
§ 3 Conclusion 88

Pages

Chapitre III L'avant-projet de loi fédérale contre la concurrence déloyale, de 1927 89
Chapitre IV Le projet de loi fédérale sur la concurrence illicite, de 1934 89

Titre II *La loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943* 91

Chapitre I Le texte de la loi 93
Chapitre II Nature juridique d'un acte de concurrence déloyale 94
§ 1 Les règles de la bonne foi 95
§ 2 Le « Leistungsprinzip » 97
Section 1 Le législateur 97
Section 2 La doctrine 98
I Allemagne 99
II Suisse 103
Section 3 La jurisprudence 110
§ 3 Faiblesses du Leistungsprinzip 111
§ 4 Nécessité d'un principe plus large 114
§ 5 Notion du potentiel économique 115
§ 6 Valeur de la notion du potentiel économique . . . 118
Chapitre III Le rapport de concurrence dans la doctrine . . 122
§ 1 Nécessité d'un rapport de concurrence 123
§ 2 Eléments constitutifs d'un rapport de concurrence . 124
§ 3 Entre quelles personnes ce rapport de concurrence doit-il exister ? 127
Chapitre IV Le rapport de concurrence dans la jurisprudence 130
Chapitre V La libre concurrence au regard de la LCD . . 137
Chapitre VI Les « concurrents » 138
Chapitre VII Conclusion 142

Titre III *Concurrence déloyale et marques de haute renommée* . 146

Chapitre I Généralités sur les marques de fabrique et de commerce 146
Chapitre II La marque de haute renommée par rapport à la marque ordinaire 148
Chapitre III Nécessité d'une protection élargie sur les plans national et international 150
Chapitre IV Fondement juridique d'une protection élargie . 153
Chapitre V Etude critique de la doctrine 154
Chapitre VI Conclusion 163

BIBLIOGRAPHIE

ARQUINT, Caspar : *Der Schutz des Slogans nach Marken-, Wettbewerbs-, und Urheberrecht mit eingehender vergleichender Darstellung der Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Holland und den USA.* Basel 1958. (Studien zum Immaterialgüterrecht, Vol. 1.)

BAUMBACH-HEFERMEHL : *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht.* 7. Aufl. München und Berlin 1956.

BECHER, Hans : *Der Schutz der berühmten Marke,* dans GRUR 1951, p. 489 ss.

BLUM, R. E. : *La marque de haute renommée (Une réponse),* dans PI 1954, p. 110 ss.

BODENHAUSEN, G. H. C. : *Rapport au nom du Groupe néerlandais,* dans Annuaire AIPPI 1954, p. 183 ss.

BÖHM, Franz : *Wettbewerb und Monopolkampf.* Berlin 1933.

BOLLA, Plinio : *Sulla protezione dei marchi « slogan » in diritto svizzero,* dans RSPIDA 1952, fasc. 1, p. 47 ss.

— *Rapport au nom du Groupe suisse,* dans Annuaire AIPPI 1952, p. 469 ss.

— *La Conférence de Lisbonne,* dans RSPIDA 1959, fasc. 1, p. 3 ss.

BRÖNIMANN, André : *Les maisons de commerce et le bail commercial.* Lausanne 1953.

BÜHLER, Walter : *Die zivilrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts.* Diss. Zürich 1930.

BURCKARDT, W. : *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.* 3. Aufl. Bern 1931.

BÜREN, Bruno von : *Kommentar zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb vom 30. September 1943.* Zürich 1957.

— *Die kostenlose Warenverteilung nach schweizerischem Recht,* dans GRUR Auslands- und internationaler Teil 1958, p. 172 ss.

BÜREN, René von : *Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (vom 30. September 1943).* Zürich 1945.

BUSSMANN, Kurt - DROSTE, Helmut : *Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts.* Essen 1951.

CALLMANN, Rudolf : *Der unlautere Wettbewerb.* 2. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

— *Unfair competition without competition ? The importance of the Property Concept in the Law of Trade-Marks,* dans University of Pennsylvania Law Review, Vol. 95, N° 4, March 1947.

CAMINADA, Armin : *Die zu schützenden Rechtsgüter im Wettbewerbsrecht nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934.* Diss. Bern 1944.

CASTELBERG, Carlo von : *Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts.* Diss. Zürich 1948.

CHENEVARD, Charles : *Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale.* Genève-Paris 1914.

DESCHENAUX, Henri : *Licéité et limites du boycott,* dans ZSR 1951, p. 127 ss.

— *Rapport suisse sur le boycottage.* Fribourg 1956.

EGGER, A. : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.* I. Band : *Einleitung und Personenrecht.* 2. Aufl. Zürich 1930.

ELSAESSER, Martin: *Der Rechtsschutz berühmter Marken.* Weinheim/Bergstr. 1959.

FERNAND-JACQ : *Réflexions sur les marques dites « notoires »,* dans PI 1952, p. 189 ss.

FIKENTSCHER, Wolfgang : *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz.* München und Berlin 1958. (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln.)

FISCHER, Friedrich von : *Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zur Herausgabe der durch unlauteren Wettbewerb gewonnenen Vorteile.* Diss. Bern 1950.

GERMANN, Oskar Adolf : *Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung.* Basel 1927.

— *Zum Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über den unzulässigen Wettbewerb,* dans Beiträge zum Handelsrecht. Festgabe zum 70. Geburtstage von Carl Wieland. Basel 1934, p. 79 ss.

— *Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht auf der Grundlage des Entwurfs eines Bundesgesetzes über den unlautern Wettbewerb,* dans ZBJV 1936, p. 49 ss.

— *Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes,* dans SJZ 1944, p. 285 ss.

— *Concurrence déloyale.* Zürich 1945.

— *Die bona fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts,* dans Aequitas und Bona Fides. Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius. Basel 1955, p. 71 ss.

GILLIÉRON, Charles : *Loi fédérale sur la concurrence déloyale et code de pratiques loyales en matière de publicité.* Lausanne 1943.

GMÜR, Max : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.* Band I, *Einleitung.* 2. Aufl. Bern 1919.

GOUSENBERG, Victor : *La concurrence déloyale et sa répression en Suisse.* Thèse Genève 1945.

GRAFFENRIED, Rudolf von : *Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes.* Bern 1952. (Abhandlungen zum schweizerischen Recht. N.F. 296. Heft.)

GRIMMLINGER, Erna : *Die Reklame als Mittel des unlauteren Wettbewerbs und ihre zivilrechtliche Bekämpfung unter Berücksichtigung des Entwurfs eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb.* Diss. Zürich 1938.

GRISEL, André : *La notion de la concurrence déloyale selon l'article 48 du Code des obligations et la loi fédérale sur la concurrence déloyale,* dans JT 1945 I 162 ss.

GUISAN François : *La Protection de la Personnalité et le Boycott Commercial,* dans Beiträge zum Handelsrecht. Festgabe zum. 70. Geburtstag von Karl Wieland. Basel 1934, p. 149 ss.

HAERRY, Hans : *Die Intensität des Wettbewerbs.* Diss. Zürich 1954.

HEINTZELER, Wolfgang : *Die Grenzen zulässiger Preisunterbietung.* Berlin 1932.

JOSSERAND, Louis : *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits.* Paris 1927.

JUCKER, Ch. : *Unlauterer Wettbewerb nach amerikanischem Recht,* dans SJZ 1945, p. 1 ss.

KEEL, Raymund : *Der unlautere Wettbewerb ohne Verschulden.* Diss. Bern 1944.

KOHLER, Josef : *Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts.* Berlin und Leipzig 1914.

LADAS, Stéphane P. : *La Protection Internationale de la Propriété Industrielle.* Paris 1933.

— *La législation et la jurisprudence en matière de propriété industrielle de 1935 à 1937,* dans PI 1938, p. 66 ss.

— *Propriété industrielle et développement économique.* Rapport présenté au Congrès de la Chambre de commerce internationale à Tokio (15-21 mai 1955), dans PI 1955, p. 134 ss.

LOBE, Adolf : *Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.* I. Band. Leipzig 1907.

MARTIN-ACHARD, Edmond : *La Protection des Marques notoirement connues,* dans SJZ 1950, p. 117 ss.

— *La loi fédérale sur la concurrence déloyale et son application,* dans SJ 1950, p. 49 ss.

MASSON, Claude : *La protection « telle quelle » des marques de fabrique et de commerce selon l'article 6 de la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle.* Thèse Lausanne 1956.

MATILE, Jacques : *L'avilissement des prix constitue-t-il un acte de concurrence déloyale ?* dans SJZ 1956, p. 91 ss.

MATTER, E. : *Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb,* dans ZBJV 1951, p. 449 ss.

MEISTER, Jürg : *Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens.* Diss. Zürich 1954.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi fédérale sur la concurrence illicite, du 11 juin 1934.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 3 novembre 1942.

MICHEL, Janett : *Die Entwicklung des zivilrechtlichen Begriffes : Unlauterer Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung des Bundesgerichtspraxis.* Diss. Bern 1946.

MOROSOW, Nicolas : *La concurrence illicite en droit suisse et d'après l'avant-projet de loi fédérale.* Thèse Lausanne 1930.

NAST, Marcel : *La conception française de la concurrence déloyale ou illicite,* dans Beiträge zum Handelsrecht. Festgabe zum 70. Geburtstage von Carl Wieland. Basel 1934, p. 273 ss.

NEF, Hans : *Liberté du Commerce et de l'Industrie.* Genève 1949. (Fiches juridiques suisses, N°s 616, 618, 620.)

NIPPERDEY, Hans : *Wettbewerb und Existenzvernichtung (Eine Grundfrage des Wettbewerbsrechts).* Berlin 1930.

PENARD, Maurice : *Concurrence déloyale et appropriation de la bonne renommée d'autrui,* dans RSPIDA 1956, fasc. 1, p. 63 ss.

PERROCHET, André : *Essai sur la théorie de l'abus du droit (art. 2 C.C.S.) dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites.* Thèse Neuchâtel 1920.

POUILLET, Eugène : *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres.* 6e éd. Paris 1912.

RÄBER, Heinrich : *Die rechtliche Tragweite des Art. 34 ter der schweizerischen Bundesverfassung.* Diss. Zürich 1930.

REIMER, Dietrich : *Die Gratislieferung nach deutschem Recht,* dans GRUR Auslands- und internationaler Teil 1958, p. 159 ss.

— *Anmerkung,* dans GRUR Auslands- und internationaler Teil 1959, p. 299 ss.

REIMER, Eduard: *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht.* 3. Aufl. Köln-Berlin 1954.

ROGUIN, Ernest : *La Règle de Droit.* Lausanne 1889.

ROSENTHAL, Alfred : *Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes.* 7. Aufl. Berlin 1928.

ROSENTHAL, Alfred und WEHNER, Edgar : *Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 nebst den in Betracht kommenden Bestimmungen des BGB. und der Internationalen Union zum Schutze des gewerblichen Eigentums.* Mannheim und Leipzig 1909.

ROSSEL et MENTHA : *Manuel du droit civil suisse.* Tome I. 2e éd. Lausanne-Genève.

ROSSELET, Jean : *Note sur l'article premier de la loi sur la concurrence déloyale,* dans Gazette de Lausanne du 14 février 1945. Résumé dans JT 1945 I 182 ss.

ROTONDI, Mario : *Das Avviamento als das Schutzobjekt der Klage aus unlauterem Wettbewerb und als Kriterium für die Einteilung der unlauteren Wettbewerbshandlungen,* dans GRUR Auslands- und internationaler Teil 1956, p. 531 ss.

ROUBIER, Paul : *Le droit de la propriété industrielle.* Paris 1952.

SAINT-GAL, Yves : *Concurrence Déloyale et Concurrence Parasitaire (ou agissements parasitaires),* dans RIPIA N. S., N° 25/26 1956, p. 19 ss.

SCHIPPEL, Helmut : *Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.* München-Köln-Berlin 1956.

SCHMID, Johann Günther : *Die vergleichende Reklame.* Diss. Zürich 1955.

SCHWARZFISCHER, Joseph : *Der Leistungswettbewerb,* dans Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg. Freiburg 1943, p. 327 ss.

SECRÉTAN, Roger : *Nouvelles tendances du Tribunal fédéral en matière de boycott,* dans JT 1957 I 194 ss.

SIMONIUS, August : *Ein verkanntes Freiheitsrecht. Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in Boykottfällen,* dans Festgabe zum 70. Geburtstag von Erwin Ruck. Basel 1952, p. 261 ss.

SPRINGER, J. : *Kritische Bemerkungen zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb,* dans SJZ 1944, p. 309 ss.

SPRÜNGLI, Hans-Rudolf : *Der unlautere Wettbewerb. Grundzüge des Wettbewerbsrechtes in rechtsvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen von Frankreich, England, Deutschland und der Schweiz.* Diss. Zürich 1954.

STEIGER, Fritz von : *Zur Frage des Schutzes von Marken mit erhöhter Verkehrsgeltung,* dans Bulletin du groupe suisse de l'AIPPI 1948, fasc. 2, p. 114 ss.

— *Zum Wettbewerbsrecht der Gleichnamigen,* dans RSPIDA 1951, fasc. 1, p. 34 ss.

TREADWELL, Robert : *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen im schweizerischen Wettbewerbsrecht.* Diss. Zürich 1958.

TROLLER, Alois : *Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz.* Basel 1948.

— *La marque de haute renommée,* dans PI 1953, p. 73 ss.

— *Die bundesgerichtliche Praxis zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb,* dans RSPIDA 1954, fasc. 1, p. 33 ss.

— *Immaterialgüterrecht. Patent-, Marken-, Urheber-, Muster- und Modell-, Wettbewerbsrecht.* Band I. Basel und Stuttgart 1959.

TUOR, Pierre : *Le Code civil suisse.* 2e éd. française d'après la 5e éd. allemande (trad. Henri Deschenaux). Zurich 1950.

VALLOTTON, James : *La concurrence déloyale et la concurrence illicite.* Thèse Lausanne 1895.

VINASSA, Walter : *Die Kundschaft.* Diss. Bern 1925.

WAGEN, Georges : *La théorie des droits de la personnalité et la notion de concurrence déloyale. Etude de droit suisse.* Thèse Lausanne 1952.

WEIBEL, Rainer : *Der Schutz von Warenausstattungen im schweizerischen Zivilrecht. Ein Beitrag zum Wettbewerbsrecht.* Diss. Freiburg 1948.

WOLF, Elias : *Probleme des unlauteren Wettbewerbs und des gewerblichen Rechtsschutzes (zivilrechtliche Sanktionen),* dans RSPIDA 1954, fasc. 1, p. 41 ss.

WYDLER, Hans A. E. : *Ausverkäufe und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen in wettbewerbsrechtlicher Beleuchtung.* Diss. Zürich 1955.

INTRODUCTION

1. Les principes du libéralisme économique, tels que les institutions helvétiques les consacrent, n'ont certes pas été épargnés au cours de ce siècle par maintes entorses de nature dirigiste, dont les adeptes paraissent de plus en plus nombreux de nos jours. Néanmoins, à l'heure actuelle, ce système demeure, sous des formes plus ou moins atténuées suivant les secteurs de la vie économique.

« La liberté du commerce et de l'industrie est garantie sur tout le territoire de la Confédération, sous réserve des dispositions restrictives de la constitution et de la législation qui en découle », lit-on à l'article 31, alinéa 1 de la Constitution fédérale. Selon certains auteurs [1], cette disposition n'aurait trait qu'aux rapports entre l'Etat et les particuliers. D'autres [2] pensent que cette garantie s'applique au système économique de manière générale, tant sous sa face de droit public que sous celle de droit privé. Nous n'entrerons pas dans les querelles de doctrine sur les bases légales de cette liberté. Bornons-nous à constater qu'il existe en Suisse un régime de liberté du commerce et de l'industrie, liberté qui vaut sur le plan du droit privé comme en droit public.

La liberté de concurrence est une émanation directe de la liberté générale de commerce et d'industrie. Elle n'est cependant formulée nulle part dans notre législation. Mais force est de la reconnaître quand on considère en particulier la loi fédérale sur la concurrence déloyale, qui a précisément pour but de réprimer les abus commis dans l'exercice de cette liberté. Citons Josserand [3] : « Avec la liberté du commerce et le droit de libre concurrence qui en constitue le corollaire et l'expression tangible, nous touchons à une nouvelle affirmation de la personnalité humaine. »

De nombreuses dispositions légales assurent la protection des justiciables contre les actes qui impliquent, d'après elles, des abus de la liberté de concurrence.

Ce système juridique embrasse l'ensemble des droits dont l'exercice concourt, pour le titulaire, à faire valoir sa force économique sur le marché

[1] Cf. notamment Burckardt, *Op. cit.*, p. 225.
[2] Tel Gousenberg, *Op. cit.*, p. 34.
[3] Josserand, *Op. cit.*, p. 216.

industriel ou commercial. Il comprend notamment les lois touchant à la « propriété industrielle », c'est-à-dire qui concernent spécialement les brevets d'invention, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique et de commerce, enfin les textes légaux sur la concurrence déloyale, qui consacrent le droit général de chacun d'exercer librement une activité industrielle ou commerciale et, parallèlement, de bénéficier d'une protection contre les procédés de concurrence illicite.

Le droit suisse renferme à cet égard plusieurs lois ou dispositions spéciales, que complètent les normes régissant la concurrence déloyale. Mentionnons-les :

1. Loi fédérale sur les brevets d'invention, du 25 juin 1954.
2. Loi fédérale sur les dessins et modèles industriels, du 30 mars 1900, modifiée par la loi fédérale du 21 décembre 1928.
3. Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles, du 26 septembre 1890, modifiée par les lois fédérales du 21 décembre 1928 et du 22 juin 1939.
4. Les articles 944 à 956 du Code fédéral des obligations, relatifs aux raisons de commerce.
5. *Loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943.*

Ajoutons encore à cette énumération certaines dispositions légales qui parfois entrent aussi en ligne de compte dans ce domaine du droit :

6. Loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, du 7 décembre 1922, modifiée par la loi fédérale du 24 juin 1955.
7. Les articles 28 et suivants du Code civil suisse, concernant la protection de la personnalité.

La LCD occupe une place particulière dans ce système législatif. La portée en est plus générale que celle d'autres lois, telles que la LBI, la LMF, par exemple. Elle en forme le complément indispensable et doit permettre de maintenir la lutte pour la conquête des marchés industriels et commerciaux dans les bornes fixées naturellement par une juste application du principe de la liberté de commerce et d'industrie. Saint-Gal a remarquablement déterminé la fonction du droit de la concurrence par rapport aux autres lois spéciales [4] : « Mais ces diverses lois présentent des lacunes et se trouvent limitées à leur objet propre »; et plus loin on lit : « La notion de la concurrence déloyale est destinée à combler, dans toute la mesure du

[4] Saint-Gal, *Op. cit.*, p. 20.

possible, ces imperfections. C'est donc une théorie d'ensemble qui tend à réprimer les faits préjudiciables à l'égard de tiers en matière de Propriété Industrielle et que les Lois particulières ne suffisent pas à condamner. » Ces remarques suffisent, pensons-nous, à faire bien comprendre le rôle qu'une loi comme la LCD est appelée à jouer en droit privé suisse.

2. Le champ de la propriété industrielle ne cesse de se développer tant sur les plans nationaux que dans le domaine international et fait l'objet, en Suisse notamment, d'une législation dont on ne saurait assez dire l'importance. D'ailleurs, il n'est que de consulter les recueils d'arrêts du Tribunal fédéral pour se convaincre du grand nombre et de la diversité des problèmes qui se posent au juge en cette matière. L'évolution constante de la science et de la technique entraîne l'apparition de nouvelles branches industrielles et commerciales. Les moyens de communications toujours plus perfectionnés et plus rapides accroissent la complexité des relations d'affaires en général. Parallèlement naissent de nouveaux procédés commerciaux, dont il importe de déterminer lesquels sont admissibles et lesquels sont intolérables. Les moyens de concurrence sont si nombreux et variés qu'on ne peut les prévoir tous de façon précise. Le législateur a donc une tâche particulièrement délicate dans ce domaine du droit, en raison de ce qu'on appelle la « dynamique » propre à la concurrence économique, qui lui impose de larges facultés d'adaptation à la réalité de la vie des affaires.

La vivante actualité de ce secteur juridique et cette « dynamique » économique n'ont pas été étrangères à l'attrait que le sujet a d'emblée exercé sur nous.

3. Les praticiens, juges, avocats, juristes spécialisés, qui sont appelés à étudier et respectivement à juger, plaider, conseiller dans un litige relevant de la concurrence économique sont, dès l'abord, aux prises avec de sérieuses difficultés, dont l'origine se trouve tant dans la structure et le texte de la LCD que dans la nature complexe de l'affaire. L'insécurité juridique qui entoure ce domaine du droit interdit toute assertion ou solution immédiates. En outre la LCD se prête à des interprétations diverses et seule une étude approfondie de son *esprit* permet d'en faire une application judicieuse.

4. Le problème que le juriste doit résoudre avant tout lorsque se pose à lui une espèce touchant à la lutte économique est le suivant : *la LCD est-elle applicable ?* La réponse résultera d'un premier examen et ne saurait bien sûr préjuger l'issue que l'application de la loi donnerait au litige.

On n'est à même de trancher cette question initiale qu'après l'étude attentive du texte même de la LCD, d'où il faut préalablement dégager

les éléments constitutifs de la *concurrence économique*. Si ces éléments existent en l'espèce, alors seulement pourra-t-on conclure que le cas particulier relève de la concurrence économique et, partant, tombe dans le *champ d'application de la LCD*.

5. Aux termes de la LCD : « Est réputé concurrence déloyale au sens de la présente loi tout abus de la concurrence économique... »

Grâce à cette expression « *concurrence économique* », le champ d'application de la LCD paraît délimité de façon précise et indiscutable. Nous verrons à quel point une telle conception serait erronée.

Il importe de distinguer soigneusement les deux éléments que ce texte légal renferme. Le rapport de *concurrence* et le caractère *économique* qu'il revêt. Nous sommes ainsi en présence de deux conditions nécessaires à l'application de la LCD, la première exigeant, semble-t-il, que l'acte abusif soit commis dans l'exercice d'une activité concurrente de celle du lésé, la seconde qu'il s'agisse d'une concurrence de nature économique [5]. Un acte de concurrence déloyale devrait ainsi forcément créer un conflit d'intérêts entre personnes exerçant des activités économiques similaires, l'acte produisant ses effets dommageables dans l'exercice de ces activités.

La loi suppose donc, parmi d'autres conditions, un conflit entre deux ou plusieurs personnes, morales ou physiques, qui exercent des activités économiques et concurrentielles. Ces deux conditions, comme nous le verrons, doivent faire l'objet d'études séparées.

Il est par conséquent indispensable, pour définir l'exact champ d'application de la LCD, de donner une solution à chacune des questions suivantes, à l'aide de la loi, des travaux préparatoires et des discussions parlementaires, de la doctrine, de la jurisprudence et enfin compte tenu des nécessités économiques actuelles ou probables.

a) Quel sens faut-il attribuer à ce qualificatif « économique » dans la LCD ?

b) En quoi consiste la « concurrence » dont traite la LCD ?
La LCD ne vise-t-elle que les actes de « concurrence économique » ?
Entre quelles personnes le rapport de concurrence existe-t-il ?

Une détermination aussi précise que possible de la notion de concurrence économique met le juriste en mesure de dire, avec plus de sûreté qu'à l'heure actuelle, si un acte de prétendue concurrence déloyale peut se juger en application de la LCD.

[5] Cf. Schmid, *Op. cit.*, p. 4, selon lequel « Das Objekt des Wettbewerbs kann verschiedenster (geistiger, körperlicher, ethischer, wirtschaftlicher) Art sein. »

6. Ce n'est qu'après avoir conclu à l'applicabilité de la LCD que le juriste s'attachera au problème de l'admissibilité d'un acte particulier de concurrence économique. Il s'agit ici de rechercher ce que la LCD considère comme « déloyal » dans la concurrence économique, c'est-à-dire de déterminer, selon le criterium propre à cette loi, si elle accorde ou non sa protection en l'espèce.

7. L'article 1, al. 1 LCD est assorti d'une note marginale « Définition de la concurrence déloyale ». Il est permis dès lors de rechercher les éléments constitutifs de concurrence déloyale dans cette seule disposition générale. On y lit qu'un acte de concurrence déloyale consiste en un « abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi ».

Passons sur une critique fréquemment élevée à propos de l'adjectif « déloyal ». Cette épithète implique un élément intentionnel étranger à la LCD, dont le criterium de « déloyauté » repose sur la notion de bonne foi objective, indépendante de toute intention. Néanmoins ce qualificatif, consacré par un long usage, a paru préférable à celui, pourtant plus juste, d'« illicite » [6].

Le législateur a fait de la concurrence déloyale un *abus* de la concurrence économique, signifiant par là qu'il « veut seulement s'opposer aux abus qui peuvent se commettre dans l'exercice de ce droit » [7]. On sait que la concurrence déloyale au sens de la LCD est un cas particulier d'abus de droit, rattaché à la théorie générale de l'abus de droit exprimée en droit suisse par l'article 2 CCS [8]. On n'ignore pas davantage que l'article 2 CCS compte deux alinéas, dont le premier explique le second. De telle sorte que l'abus d'un droit consiste à exercer ce droit contrairement aux règles de la bonne foi. Ces règles non écrites, mais que le juge doit dégager de l'étude de chaque cas particulier, résultent, selon Perrochet, de la « nécessité de faire prévaloir l'esprit sur la lettre » [9]. Les règles de la bonne foi sont, toujours selon le même auteur, l'expression du « droit vrai », c'est-à-dire, par définition, du droit parfait.

Non content de qualifier la concurrence déloyale d'abus, le législateur ajoute « résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi. » Observons d'abord qu'un abus ne « résulte » pas de tels procédés, mais « consiste » en procédés de cette nature. Outre cette

[6] Cf. Message CF 1934, p. 13/14.
[7] Message CF 1942, p. 11.
[8] Message CF 1942, p. 11, et Rapport Lachenal dans Bull. stén. CN 1943, p. 10, ainsi que le Rapport Haefelin dans Bull. stén. CE 1943, p. 18.
[9] Perrochet, *Op. cit.*, p. 246.

critique terminologique, relevons le fait que, le mot abus signifiant déjà exercice contraire aux règles de la bonne foi, il était inutile de cumuler ces deux éléments dans la définition. D'ailleurs, lors de la discussion du projet de LCD au Conseil national, le rapporteur de la minorité, M. Niederhauser, tenta d'éviter ce pléonasme juridique dans le texte de la loi, en proposant la rédaction ci-après pour l'article 1, al. 1 LCD : [9 bis] « Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes besteht in der Verwendung täuschender oder anderer gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossender Mittel im wirtschaftlichen Wettbewerb». Malgré les protestations aussi vives qu'infondées de M. Lachenal, rapporteur de la majorité, nous tenons qu'au point de vue rédactionnel ce texte était supérieur à l'actuel article 1, al. 1 LCD pour les raisons que nous avons exposées. De plus l'argument de M. Lachenal, selon lequel un texte de loi doit être compris du public, nous laisse sceptique. On voit mal l'homme de la rue faire une distinction entre la bonne foi objective et la bonne foi subjective, par exemple ! Or ce sont là des connaissances juridiques indispensables à l'intelligence d'une loi telle que la LCD et nous pensons que le fait de rédiger clairement une loi, de manière qu'elle soit comprise des juristes eux-mêmes, impose déjà au législateur une tâche assez difficile à remplir. La rigueur juridique ne s'accommode guère de la vulgarisation du droit.

Quant au substantif « tromperie », l'utilité nous en échappe, vu qu'un acte de cette nature entre nécessairement dans la catégorie des procédés contraires aux règles de la bonne foi. Tel est certainement le cas lorsque la tromperie vise le « concurrent » lésé. Cependant il ressort nettement du Message de 1942 que le mot « tromperie » concerne spécialement la clientèle. En effet, la LCD accorde une protection aux clients par l'article 2, al. 2, dans l'éventualité d'une atteinte à leurs intérêts matériels par un acte de concurrence déloyale. Le Conseil fédéral s'exprime comme il suit sur la signification du mot tromperie : [10] « Mais comme il arrive très fréquemment que la concurrence déloyale se combine d'une tromperie des clients, la définition générale fait néanmoins état de ce procédé spécial, non sans préciser aussitôt que d'*autres procédés que la tromperie* sont de même inconciliables avec les règles de la bonne foi (1[er] al. : ... résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé...) ». Bien qu'il soit difficile d'imaginer qu'un procédé autre qu'une tromperie atteigne les clients dans leurs intérêts matériels, nous pensons que la notion générale des règles de la bonne foi permet à plus forte raison de réprimer une tromperie et vaut aussi bien quand l'acte atteint les clients que lorsqu'il produit ses effets nuisibles à l'égard des «concurrents»

[9 bis] Bull. sten. CN 1943, p. 127.
[10] Message CF 1942, p. 25.

seulement. Remarquons enfin que le mot « tromperie » implique, dans le langage usuel, un élément intentionnel, dont la LCD fait précisément abstraction. En conséquence, là encore, nous devons conclure que la rédaction de l'article 1, al. 1 LCD laisse à désirer.

L'article 2, al. 1 LCD dispose ce qui suit : « Celui qui, par un acte de concurrence déloyale, est atteint ou menacé dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général, peut demander : ... » Nous en inférons que la loi semble formuler dans cette disposition une nouvelle condition d'application, savoir que la la victime d'un acte de concurrence déloyale soit atteinte ou menacée dans sa clientèle, ... etc. Cependant, comme nous le verrons encore dans notre travail, tout acte de « concurrence économique », par son essence même, atteint ou menace les concurrents dans leur clientèle. Un client qui achète chez X une marchandise aurait pu l'acquérir chez Y. La réussite de X porte nécessairement atteinte à Y et de façon parfaitement « loyale ». Le même phénomène est assurément concevable quant au crédit et à la réputation professionnelle des concurrents. Voici un commerçant nouvellement établi dans une localité et dont les offres sont de qualité supérieure et moins onéreuses pour le public acheteur. Il attirera fort probablement à lui la clientèle de ses concurrents et risque de leur faire tort, tant et si bien que, dans certains cas, le crédit dont ils jouissaient jusqu'alors en souffrira. On ne saurait cependant trouver là un acte de concurrence contraire aux règles de la bonne foi. La disposition générale de l'article 1, al. 1 LCD indique que ce sont les *moyens* utilisés par un concurrent qui jouent le rôle déterminant dans l'admissibilité de la concurrence. Mais, comme le remarque très justement Bruno von Büren [11], « Schädigung ist wettbewerbseigen ».

Un moyen de concurrence n'est « déloyal » que s'il heurte la bonne foi. Pour dégager dans chaque cas particulier les règles de la bonne foi objective, nous croyons indispensable que le juge tienne compte notamment de l'objet de l'atteinte (crédit, honneur professionnel, par exemple), de l'intensité de cette atteinte, des intérêts économiques en présence, bref des « intérêts matériels » à protéger. C'est pourquoi nous regardons les précisions données à l'article 2, al. 1 LCD sur la nature des intérêts atteints comme superflues, parce qu'incluses dans la notion de concurrence économique. Quant aux règles de la bonne foi, criterium d'admissibilité, elles renferment *toutes les circonstances* qui permettent au juge de déclarer une concurrence loyale, ou déloyale. Nous pensons en conséquence que l'article 2, al. 1 LCD introduit dans la loi des précisions inutiles, bien plus qui sont sources de confusions.

[11] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 3.

En définitive, nous pouvons dire qu'un acte de concurrence économique est déloyal *s'il enfreint in casu les règles de la bonne foi.*

8. Nous sommes dès lors en mesure de critiquer le manque de « technique législative » qui a prévalu lors de la rédaction de la LCD.

Dans une disposition fondamentale, dont la note marginale porte la mention « Définition de la concurrence déloyale », et dans elle seule, on devrait trouver *tous* les éléments constitutifs d'un acte de cette nature, les exemples de l'alinéa 2 servant à illustrer cette définition générale. La concision, la précision et la rigueur juridique sont aussi des facteurs qui facilitent l'interprétation d'un texte légal.

Ensuite, un article deuxième réglerait la qualité active du lésé et les sanctions. Il importerait de ne pas y insérer des éléments étrangers à ces objets. Nous y laisserions toutefois subsister la disposition suivant laquelle celui qui est menacé tout comme celui qui a déjà subi une atteinte par un acte de concurrence déloyale peut réclamer la protection légale.

En conséquence, la rédaction que voici des articles 1, al. 1 et 2, al. 1 LCD nous paraît plus logique et rigoureuse, en établissant un juste équilibre entre ces deux articles :

Article premier

Est réputé concurrence déloyale au sens de la présente loi tout moyen de concurrence économique contraire aux règles de la bonne foi.

Enfreint les règles de la bonne foi, par exemple, celui qui :

a) .....

b) .....

Art. 2

Celui qui est atteint ou menacé par un acte de concurrence déloyale peut demander : [12]

a) .....

b) .....

9. En l'état actuel de la jurisprudence rendue en matière de concurrence déloyale et vu la grande diversité d'opinions et d'interprétations hâtives qui fleurissent dans la doctrine, la *première tâche* que nous imposait l'étude approfondie de la notion de concurrence déloyale consistait à délimiter aussi nettement que possible le *champ d'application* du droit de la

[12] Cette disposition est inspirée de la rédaction de l'article 2, al. 1 du projet de loi fédérale sur la concurrence illicite, du 11 juin 1934.

concurrence. A cette fin, il importait de préciser ce que la loi entend par *concurrence économique*. Au cours de nos recherches, nous avons pénétré dans un domaine mal exploré et avons constaté que ce problème, par son ampleur et les difficultés qu'il présente, méritait à lui seul toute notre attention. C'est pourquoi nous en avons fait le sujet de notre travail.

Il serait vain, à notre avis, de tenter une étude sur le criterium d'admissibilité d'un acte de concurrence, soit les règles de la bonne foi, sans avoir au préalable une connaissance approfondie de la nature de la concurrence économique. En effet, dans le domaine qui nous occupe, le juge ne saurait appliquer les règles de la bonne foi à un cas donné de concurrence s'il ne possède des notions complètes, tant économiques que juridiques, sur l'*esprit* des dispositions légales limitant la liberté générale de concurrence.

A ce propos, nous approuvons les pays étrangers et les cantons suisses qui ont institué des tribunaux spécialisés dans le domaine du commerce et de l'industrie et souhaitons que ce système se généralise chez nous. Toute la matière du droit de la propriété industrielle, dont l'importance croissante est trop souvent ignorée dans les institutions universitaires en Suisse, doit faire l'objet d'une spécialisation des conseillers juridiques, comme des tribunaux appelés à rendre une jurisprudence cohérente et qui assure la sécurité du droit.

10. Tant que le champ d'application et le rôle social de la LCD ne seront pas clairement définis, les différentes actions judiciaires que cette loi prévoit et qui pourraient lui assurer une grande efficacité dans la lutte toujours plus âpre pour la conquête des marchés resteront, comme c'est le cas actuellement, très aléatoires, à tel point que la fonction de protection de la LCD s'en trouve compromise. C'est pour cette raison que nous essayerons de fixer, autant que possible, la portée réelle de la LCD, en cherchant le but que le législateur lui a vraiment assigné. Il s'agit là d'un problème d'interprétation de la loi en fonction de son *rôle social*. Nos conclusions et nos propositions ne demeureront donc pas étrangères à l'esprit du droit suisse de la concurrence, mais seront au contraire tirées de l'étude détaillée de la loi, de la doctrine et la jurisprudence suisses, ainsi que de leur évolution au cours de ce siècle. Peut-être parviendrons-nous de la sorte à mettre quelque peu en harmonie l'esprit et la lettre de la LCD, afin que cette loi devienne ce qu'on a voulu qu'elle fût, à savoir le véritable fruit d'un long développement de la notion de concurrence déloyale. Tel est notre vœu.

Si nous critiquons sévèrement ici ou là certaines solutions données par la jurisprudence et la doctrine, ce n'est point par souci de les démolir. Nous sommes mu par le désir d'apporter quelque clarté à un domaine du droit qui en est privé. Sans les enseignements de la doctrine et les arrêts

du TF, que nous nous sommes permis d'apprécier, certes la tâche d'un jeune juriste dépourvu d'expérience pratique en eût été singulièrement entravée, voire irréalisable. Car nous avons conscience du fait que, outre une formation juridique indispensable, seule une connaissance solide de la vie des affaires permet de dominer parfaitement la matière très complexe du droit de la concurrence économique.

11. Dans cette étude consacrée à la notion de *concurrence économique* au regard de la LCD, nous avons été logiquement amené à diviser notre travail en deux grandes parties, concernant chacune l'un des deux éléments qui composent cette notion, l'une le caractère *économique* de la concurrence, l'autre le rapport de *concurrence*. Pourquoi traitons-nous d'abord de la nature économique et ensuite seulement de la concurrence proprement dite ? Parce qu'il nous a paru indispensable, avant d'aborder le rapport de concurrence, de bien connaître le domaine dans lequel cette concurrence s'exerce, le cadre dans lequel il se peut qu'une concurrence soit déloyale au sens de la LCD.

En outre, dans le corps de chaque partie, l'évolution en trois étapes du droit suisse sur la concurrence déloyale (l'art. 50 CO ancien, l'art. 48 CO abrogé, enfin la LCD) nous a incité à suivre le sujet de notre étude au cours de ses modifications successives, donc à observer l'ordre chronologique.

Les deux grandes divisions de notre travail font une large place à la critique, d'où sont nées nos conclusions et propositions.

Le dernier titre de cette thèse traite d'un cas spécial, qui illustrera les conclusions générales de la deuxième partie dans une matière juridique où la controverse est fort vive, la protection des marques de haute renommée. Nos propositions nous semblent ici particulièrement positives.

Notre étude se limite au *droit suisse*. Nous n'avons fait état, dans nos développements, des opinions de la doctrine ou de jugements d'autres pays que dans la mesure où ils sont d'une portée très générale, débordant le droit national, ou lorsque le droit, la jurisprudence et la doctrine suisses font appel à des notions inspirées de théories étrangères.

Remarquons enfin que notre travail vaut uniquement sur le terrain des dispositions *civiles* de la LCD. Nous avons intentionnellement laissé de côté le champ de la protection pénale, que cette loi accorde également. Non pas que cela manquât d'importance à nos yeux, mais en raison de la nature juridique particulière de chacun de ces deux aspects de la concurrence déloyale. L'étude parallèle de ces deux formes de protection prévues par la LCD est impraticable, attendu que la protection pénale dépend sur certains points seulement des conditions nécessaires à l'application des règles civiles.

Première partie

L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

INTRODUCTION

Cette première partie a pour objet l'étude de l'épithète « économique » dans le sens où il faut l'entendre lorsqu'il s'agit d'appliquer les dispositions légales régissant la concurrence déloyale.

L'acception de ce terme est très variable dans le langage courant. Son substantif, l'« économie », prend un sens tout différent selon le domaine dans lequel on l'emploie ou selon qu'on lui adjoint un qualificatif ou un autre. On parlera des « économies » d'un individu, en faisant allusion aux valeurs qu'il a su mettre en réserve et qui ne sont pas destinées immédiatement à un emploi. L'« économie » nationale représente l'ensemble de la vie commerciale, industrielle ou des affaires d'un pays. L'adjectif « économique» suit le substantif dans ses différentes significations. Où faut-il rechercher le sens qu'il a réellement dans la LCD ? Nous pensons que le législateur de 1943 en a fait un terme scientifique et, plus encore, un terme dont le sens est propre à la disposition qui le contient. C'est un terme juridique, qui doit s'interpréter uniquement à la lumière de la *ratio legis* et de la jurisprudence antérieure qui en a formé la base.

Après en avoir déterminé le sens, nous pourrons l'apprécier en fonction du rôle social de la loi et faire peut-être quelque proposition qui constituerait soit une jurisprudence soit même un droit désirables.

Il ne fait aucun doute que la loi n'a et ne doit avoir pour objet que des événements qui se déroulent dans la vie économique. L'épithète figure dans le texte même de la loi (art. 1, al. 1 LCD). Le législateur lui-même a maintes fois affirmé ce principe, sans jamais d'ailleurs préciser ce qu'il entendait par là. Ainsi, dans le second message du Conseil fédéral aux Chambres [13] : « Le nouveau projet, au contraire, tend avant tout à protéger le libre exercice de la concurrence comme l'un des fondements essentiels

[13] Message CF 1942, p. 11.

de notre ordre économique ». C'est donc dans l'ordre économique que la loi va déployer ses effets afin de sauvegarder, sur le terrain du droit privé, la liberté en cette matière, tout en lui assignant des limites au-delà desquelles commence l'abus. Le rapport général présenté devant le Conseil national sur le projet de loi par M. Lachenal utilise à maintes reprises le terme « économique » [14] : « La loi ne doit régir que des faits communs à toutes les branches économiques. » Le conseiller fédéral Stämpfli remarque aussi [15] : « Der unlautere Wettbewerb ist eine Ausartung, ein Missbrauch des Wettbewerbes im Wirtschaftsleben, wie er durch die Handels- und Gewerbefreiheit gewährleistet wird. » Afin de bien exclure toute autre forme de concurrence, l'orateur va jusqu'à donner des exemples de concurrence non économique tels que la politique et l'amour [16] ! Dans la discussion générale du Conseil des Etats sur ce même projet de loi, le député Evéquoz fit cette remarque [17] : « Personne ne songe à contester qu'une organisation pour la protection efficace contre la concurrence déloyale ne soit une nécessité économique et, par conséquent, un devoir de l'Etat. C'est une obligation qui doit être efficace, non seulement pour notre production et notre commerce national, mais qui nous est également imposée par nos relations internationales. » Cette remarque nous intéresse à un double point de vue. D'abord, elle parle de « nécessité économique » de manière toute générale, ce qui indique bien l'intention du législateur, mais ne précise toujours pas le sens de cette notion. Ensuite, et surtout, elle nous permet une constatation qui justifie notre étude. En effet, lorsqu'on parle de concurrence économique, c'est en premier lieu le domaine de la production et du négoce auquel on pense. Ce qui est naturel quand on sait que la lutte pour la conquête des marchés y est particulièrement âpre, plus que partout ailleurs. Mais d'autres activités humaines impliquent également des rivalités, par exemple les professions dites libérales. Bien qu'elles soient généralement soumises à des usages ou des règles professionnels plus stricts, l'esprit de compétition n'en est pas absent, il s'en faut beaucoup, et la LCD trouve également là une application justifiée. Où situer la limite au-delà de laquelle on ne peut plus tenir une activité pour économique, au sens de la LCD ? Voilà un problème délicat et qui n'a pas été considéré jusqu'à maintenant dans toute son importance.

[14] Bull. sén. CN 1943, p. 109.
[15] Bull. sén. CN 1943, p. 122/123.
[16] Bull. sén. CE 1943, p. 36.
[17] Bull. sén. CE 1943, p. 20.

Titre I

LA DOCTRINE

Dans les trois pays auxquels se rattachent les quelques auteurs que nous citerons, on constate non sans intérêt que le champ d'application du droit de la concurrence est *semblable,* répondant ainsi à la nécessité toujours plus impérieuse d'accorder une protection à l'individu qui participe à la vie des affaires. En Allemagne, cette protection repose sur une loi spéciale, datant de 1909 et modifiée ultérieurement [18]. En France, une jurisprudence considérable s'est développée sur ce sujet en application de l'article 1382 du code civil [19]. En Suisse enfin, le législateur a adopté une disposition particulière en 1911, l'article 48 du code des obligations, puis en 1943 une loi propre à cette matière, la LCD. Malgré les formes différentes de ces trois législations, leur objet et leur champ d'application se rejoignent et tendent à réprimer les abus dans la vie économique. En revanche, les criteriums imposés pour juger du caractère abusif diffèrent notablement d'un droit à l'autre, de même que les actions qui sanctionnent de tels abus.

Ce champ s'est élargi au fur et à mesure du développement du commerce, de l'industrie et des affaires en général. On voit ainsi la doctrine englober peu à peu dans le domaine économique soumis au droit de la concurrence une variété toujours plus grande d'activités humaines. C'est pourquoi notre étude suit l'ordre chronologique, afin de mettre en évidence l'évolution réalisée dans le domaine de la concurrence économique.

Chapitre I. EN ALLEMAGNE

Le plus brillant auteur en matière de concurrence déloyale est assurément Adolf Lobe, dont l'œuvre est fondamentale et contient les principes essentiels de la concurrence déloyale.

Il remarque tout d'abord que le domaine de la concurrence économique concerne l'exercice d'activités lucratives. En effet, un acte de concurrence déloyale est dirigé, non contre une fortune, un *avoir,* mais contre l'exercice

[18] « Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 » (modifiée le 9 mars 1932, le 26 février 1935 et le 8 mars 1940).

[19] Art. 1382 CCF : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

d'une *activité*. L'objet de l'atteinte est l'exercice d'une activité économique, la victime celui qui déploie cette activité.

L'exercice d'une activité économique suppose un *travail* destiné à la production, à la modification ou au commerce d'une chose. Il exige encore un *échange*. En effet, ce travail doit nécessairement s'échanger contre d'autres valeurs. Ainsi apparaît une autre personne, celle qui fournit une contre-prestation et qu'on range sous la dénomination de *clientèle*. C'est d'elle que dépend la réussite dans l'exercice d'une activité économique.

Les actes accessoires qui contribuent à la réussite de cette activité, telle la propagande par exemple, sont compris dans cette notion de travail.

On constate cependant que Lobe ne considère pas les professions dites libérales comme des activités économiques. Cette lacune s'explique cependant par la véritable primauté qu'ont prise, au début du XX[e] siècle, le commerce et l'industrie aux yeux du législateur et du juge, chargés d'assainir la lutte particulièrement violente dans ces domaines au moyen de dispositions légales ou d'une jurisprudence adéquates.

Lobe observe en outre qu'une activité économique doit être objectivement propre à atteindre le but visé, à savoir la conquête de la clientèle. Celle qui relèverait de la pure fantaisie ne saurait être considérée comme une activité régie par le droit allemand sur la concurrence déloyale.

Commentant la nouvelle loi allemande contre la concurrence déloyale, du 7 juin 1909, Rosenthal et Wehner en délimitent comme il suit le champ d'application [20]. « Das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs umfasst die gesamte Gewerbetätigkeit, und zwar nicht nur den Absatz der Waren, sondern auch den Einkauf und die Herstellung derselben. » Les éléments constitutifs d'une telle « Gewerbetätigkeit » sont divers.

Il faut que cette activité vise un *but* qui représente une valeur économique quelconque, qu'elle ait une *certaine durée,* qu'un *rapport* existe entre les actes envisagés et ce but, enfin que les *revenus* proviennent de l'activité elle-même. Le caractère d'indépendance de l'activité économique n'est cependant pas une condition nécessaire, selon ces deux commentateurs.

Selon le Tribunal d'Empire et les deux auteurs prénommés, les activités purement artistiques ou scientifiques ne peuvent être considérées a priori comme des « Gewerbebetriebe ». Mais elles en forment du moment où elles s'exercent contre une rémunération, c'est-à-dire dès qu'elles sont soumises à la loi de l'offre et de la demande. Il en est ainsi des musiciens, des peintres, des écrivains, des acteurs. Rosenthal et Wehner ne voient pas, à juste titre selon nous, pourquoi ces activités devraient être soumises à un régime spécial où toute protection ferait défaut.

[20] Rosenthal et Wehner, *Op. cit.*, p. 17 ss.

Ces deux auteurs étudient ensuite brièvement quelques types d'activités professionnelles. Les médecins, d'après le Tribunal d'Empire, n'exercent une activité économique qu'autant qu'ils exploitent une clinique privée parallèlement à l'exercice de leur art. Une telle conception est erronée d'après les deux commentateurs, pour qui l'exercice de la médecine rentre bien dans leur définition, car une activité est économique par son but plus que par sa nature. Le Tribunal d'Empire est toutefois revenu de cette jurisprudence dans une décision ultérieure.

Les directeurs de théâtre, les rédacteurs, les pharmaciens exercent indiscutablement des activités économiques.

En revanche Rosenthal et Wehner dénient aux professions d'avocat, de notaire, et d'employé d'administration publique tout caractère économique. Pour les deux premières activités, la raison en est que leur rémunération a un caractère d'honoraires plus que de simple contre-prestation et, dans les trois cas, qu'elle ne dépend pas de la loi de l'offre et de la demande. Au contraire, les employés privés exercent une activité économique, attendu que leur rémunération est dépendante du rapport entre l'offre et la demande. Voilà qui offre un criterium précis et décisif.

Une activité servant exclusivement à couvrir les propres besoins de celui qui l'exerce, celle des sociétés de consommation, des casinos, des cantines, des sociétés d'assurance mutuelle, ne peut revêtir le caractère économique en question, les revenus n'ayant dans ce cas qu'un caractère de prêts, d'avances (« Vorschüsse »).

Les chemins de fer, même s'ils sont exploités par l'Etat, forment des activités économiques. De même les postes. Par contre, toujours selon nos deux auteurs, une entreprise étatique servant à la défense nationale ou à toute autre tâche de l'Etat en tant que tel, ne peut constituer une activité économique au sens du droit de la concurrence déloyale.

Un autre grand juriste allemand, Josef Kohler, dans un ouvrage dédié au Tribunal fédéral suisse qu'il considère comme le plus remarquable tribunal du continent, aborde le sujet du «gewerblichen Tuns» [21]. Concernant le champ d'application du droit de la concurrence déloyale, il remarque : « Das Recht des Wettbewerbs befasst sich nur mit dem Gewerbetreibenden, und nur bei diesem gelten auch die Bestimmungen des Gesetzes ». Il reconnaît ensuite la qualité économique aux activités suivantes : entreprises de sécurité, de détectives privés, compagnies d'assurance mutuelle, régies de l'Etat, établissements d'éducation et d'enseignement, associations qui exercent une activité rémunératrice, employés d'entreprises privées, professions artistiques qui s'adressent au public. En revanche, n'exercent pas des activités économiques, au sens du droit de la concurrence, les médecins,

[21] Kohler, *Op. cit.*, p. 99 ss.

les avocats, les agents de brevets, les notaires, les employés publics (les fonctionnaires), les savants et les artistes qui ne s'adressent pas au public. N'est économique, aux yeux de l'auteur, qu'une activité d'affaires (« Geschäftsbetrieb »), de nature à créer des relations d'affaires (« geschäftliche Verhältnisse »).

En droit allemand, la loi sur la concurrence déloyale délimite son champ d'application de la manière suivante [22] : « Wer im geschäftlichen Verkehr...» que nous traduisons par : « Celui qui, dans les *relations d'affaires*,...» Cette notion de relations d'affaires englobe, selon Reimer, tous ceux qui, par la pratique des affaires, interviennent dans la vie économique. Le législateur allemand a préféré cette expression *les affaires* à celle de commerce et industrie, afin d'embrasser aussi les professions libérales. Malgré cette différence terminologique, la loi allemande n'en a pas moins le même champ d'application que la loi suisse. Reimer le précise de cette manière [23] : « Der « geschäftliche Verkehr » ist überall da gegeben, wo der Wettbewerber mit der Aussenwelt in geschäftliche Beziehungen tritt... » Il s'agit bien là de relations économiques qui s'opposent, toujours selon Reimer, aux rapports de caractère strictement privé, donc non économiques, des personnes entre elles, de même qu'aux rapports officiels de droit administratif ou public [24].

Chapitre II. EN FRANCE

Pouillet, étudiant les principes généraux de la concurrence déloyale en droit français, pose la question [25] : « Y a-t-il concurrence déloyale entre non-commerçants ? » Sa réponse montre bien que le législateur français, tout comme ses voisins, a eu surtout en vue, à l'origine, le commerce au sens strict en tant que générateur possible de concurrence déloyale : « Qui dit concurrence, suppose, en effet, une lutte en vue de conquérir pour ses produits la faveur du public. » Et il constate déjà un début d'évolution dans la jurisprudence [26] : « Cependant, on rencontre dans la jurisprudence des espèces où la concurrence déloyale ou illicite s'est exercée entre individus n'ayant point la qualité de commerçants, par exemple les notaires ou les agréés, les chambres syndicales, les sociétés de bienfaisance. »

Roubier examine la notion de concurrence économique et en donne un reflet qui s'accorde avec celui de la plupart des auteurs suisses, comme nous

[22] § 1 UWG : « Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden. »
[23] E. Reimer, *Op. cit.*, p. 511.
[24] E. Reimer, *Op. cit.*, p. 511.
[25] Pouillet, *Op. cit.*, p. 726, N° 888.
[26] Cf. Pouillet, *Op. cit.*, p. 726 à 728, N° 889.

le verrons [27] : « Les expressions que nous avons employées : commerce, industrie ou profession, sont assez larges pour permettre que l'action en concurrence déloyale puisse être mise en mouvement, non seulement dans le champ du commerce ou de l'industrie, mais même dans le champ des professions civiles. » Le même auteur affirme qu'il ne peut exister de concurrence économique qu'entre personnes ayant une *clientèle* [28] : « Si on veut exclusivement se placer sur le terrain économique, on n'aura pas tort sans doute de dire que toute la lutte économique est conduite en fonction de la clientèle. » Il en fait même une condition nécessaire d'un acte économique de concurrence [29] : «Enfin, il ne peut y avoir de concurrence déloyale qu'entre maisons qui sont en compétition pour la conquête de la clientèle. » On appréciera l'effort accompli par cet auteur pour dégager les éléments constitutifs de la concurrence économique. Son ouvrage donne enfin une notion précise de ce qu'il faut entendre par « économique » au regard du droit français. Une activité économique, à son sens, c'est l'ensemble des *actes destinés et de nature* à attirer la clientèle, que celle-ci existe déjà, qu'elle soit future ou hypothétique. Il pose donc simultanément une condition subjective (« destinés ») et une condition objective (« de nature »), quant à l'élément « clientèle » d'une entreprise économique.

Chapitre III. EN SUISSE

Jusqu'en 1945, c'était l'article 48 du CO qui régissait la *concurrence économique*. Bien qu'il ne la mentionnât pas, cet article avait sans aucun doute le même champ d'application que la nouvelle loi entrée en vigueur en 1945 [30]. Celle-ci s'est bornée, sur ce point, à codifier la jurisprudence qui l'a précédée, ainsi que nous le constaterons au cours de notre travail. Il ne convient donc pas d'opposer la doctrine antérieure à 1945 à celle qui est contemporaine de la LCD. Prenons-les, par conséquent, dans l'ordre chronologique.

§ 1. *Jusqu'en 1945.*

Chenevard, dans le titre même de son ouvrage, limite son étude à l'industrie et au commerce. Néanmoins, à propos de l'article 31 de la Constitution fédérale, il affirme [31] : « ... cette disposition s'applique à toute activité exer-

[27] Roubier, *Op. cit.*, tome I, p. 499.
[28] Roubier, *Op. cit.*, tome I, p. 492.
[29] Roubier, *Op. cit.*, tome I, p. 499.
[30] Grisel, *Op. cit.*, p. 181/182. L'auteur exprime, semble-t-il, le même avis.
[31] Chenevard, *Op. cit.*, tome I, p. 6.

cée comme une profession et ayant un but de lucre. » C'est dire que, par industrie et commerce, il faut entendre, non seulement ces activités au sens strict, mais toute profession à but lucratif. La liberté de concurrence est bien une forme de la liberté du commerce et de l'industrie, au sens que cet auteur y attache.

Mais cette liberté, comme nous l'avons vu, n'est point consacrée sous son aspect de droit privé par un texte constitutionnel ou législatif, contrairement à l'opinion de Chenevard. Elle est une liberté indéfinie, qui fait partie de la liberté générale, et ne saurait être distinguée d'un droit défini, comme Perrochet l'a remarqué très justement dans sa thèse [32].

L'auteur retient deux éléments qui caractérisent une activité économique, manifestation de cette liberté, et la font entrer dans le domaine du droit privé sur la concurrence déloyale. Le premier exige que l'activité soit exercée « comme une profession ». Qu'est-ce que cette expression signifie ? Il s'agit d'une activité exercée de façon organisée et permanente, par opposition, pensons-nous, à une occupation accessoire, provisoire ou occasionnelle, et dont la personne qui s'y livre ne cherche pas nécessairement à tirer ses moyens d'existence. Le deuxième élément est le « but de lucre ». Chenevard en fait une condition nécessaire. Il ne donne toutefois aucune précision sur cette notion de « lucre » qui, nous le verrons, est susceptible d'interprétations diverses. Relevons encore cette phrase de Chenevard [33] : « La concurrence commerciale a pour but la conquête de la faveur du public... » Voilà de plus, semble-t-il, un autre élément constitutif d'une activité économique.

Au sujet de l'article 48 CO, Morosow, dans une thèse remarquable où il étudie tant le droit actuel que l'avant-projet de loi fédérale [34], aborde le problème du champ d'application de cette disposition. « Il est clair que la disposition vise avant tout les professions commerciales et industrielles pouvant être rangées dans n'importe quelle catégorie. » [35] Il s'agit bien là de l'opinion, émise plus haut, que le commerce et l'industrie sont les domaines où la nécessité d'une protection légale contre les abus s'est avérée la plus urgente. Le but d'une telle activité peut être quelconque, selon l'auteur, pourvu, ajoute-t-il, « qu'il représente une valeur au point de vue économique » [36]. Voilà une précision qui, pour le droit suisse, est nouvelle et

[32] Perrochet, *Op. cit.*, p. 234 : « Pourtant, si l'on examine les choses de plus près, on s'aperçoit qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre l'exercice des droits et l'exercice de la liberté générale... »

[33] Chenevard, *Op. cit.*, p. 7.

[34] Il s'agit de l'avant-projet de loi fédérale sur la concurrence illicite. Le projet, appuyé par le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 11 juin 1934, fut abandonné en 1936 en raison de la forte opposition qui se manifestait alors.

[35] Morosow, *Op. cit.*, p. 30.

[36] Morosow, *Op. cit.*, p. 30.

d'importance. Quant aux professions libérales, l'auteur les range également dans la catégorie des activités soumises à l'article 48 du CO. Autre question intéressante, que Morosow pose : Quid des professions « purement artistiques » ou « purement scientifiques » ? S'appuyant sur quelques études allemandes du « Wettbewerbsrecht », l'auteur affirme que les peintres, sculpteurs, musiciens, savants et professionnels du même ordre, doivent aussi bénéficier de la protection du droit de la concurrence déloyale, à une condition cependant [37] : « ... pour autant que leurs travaux ou prestations ont une valeur économique et qu'ils représentent pour eux une source de revenus directs ». Dans ces cas, de pareilles activités doivent être assimilées aux professions commerciales et industrielles. Il suffit qu'elles impliquent de la part des tiers une contre-prestation en argent. Seul un but purement idéal prive une telle activité de son caractère économique.

Commentant l'article 2 de l'avant-projet de loi fédérale sur la concurrence illicite, Morosow [38] préconise une « application très étendue de la loi » et recommande de choisir, comme criterium, le « fait d'effectuer des travaux ayant une valeur économique et *destinés à une clientèle,* déterminée ou non ». Puis il donne une classification des professions économiques :

« *a)* toutes professions relevant du commerce et de l'industrie;
» *b)* les professions libérales dont les adhérents sont susceptibles d'avoir une clientèle : médecins, dentistes, avocats, ingénieurs, architectes;
» *c)* les professions artistiques, dans la mesure où les travaux exécutés sont soumis, sur le marché, à la loi de l'offre et de la demande : peintres, dessinateurs, sculpteurs;
» *d)* les professions littéraires et scientifiques, dans la mesure où celles-ci ne sont pas protégées par la loi spéciale (Loi concernant le droit d'auteur, du 7 déc. 1922);
» *e)* les professions relevant du domaine agricole, dans la mesure où l'exploitation des terres se combine avec une activité d'ordre commercial. »

Bühler donne la définition suivante de la concurrence économique [39] : « Konkurrenz in Handel und Gewerbe bedeutet den Kampf um die Kundschaft, um den Absatz für die zum Verkauf feilgebotenen Güter oder Leistungen, zwischen zwei Wirtschaftssubjekten (Personen oder Personengruppen), die ihren Erwerb oder Unterhalt durch Erzeugung und Verkauf gleichartiger Gegenstände oder durch Darbietung von gleichartigen Leistungen zu gewinnen suchen. » Ce verbe « suchen » semble indiquer que cet

[37] Morosow, *Op. cit.,* p. 31.
[38] Morosow, *Op. cit.,* p. 121 et 122.
[39] Bühler, *Op. cit.,* p. 13.

auteur met en évidence le caractère intentionnel de l'exercice d'une telle activité. L'intention de la personne qui s'y livre peut avoir indifféremment deux objets, soit la réalisation d'un profit, soit seulement le fait d'assurer son propre entretien. Remarquons de plus que Bühler introduit dans sa définition la catégorie des activités qui consistent dans l'offre de services ou d'autres prestations. Il range dans les activités économiques toutes celles qui sont indépendantes, quelles qu'elles soient, artistiques, littéraires, et auxquelles il est possible d'attribuer une valeur économique lorsque les conditions énumérées dans sa définition plus haut citée sont réalisées [40].

Erna Grimmlinger, qui accorde dans sa thèse une large place à l'étude de la concurrence économique d'après l'article 48 du CO, se borne à dire très brièvement que cette disposition concerne, outre le commerce et l'industrie au sens strict, toutes les professions libérales, à l'exception de celles dont le but est purement idéal [41].

Etudiant le projet de loi fédérale sur la concurrence illicite, du 11 juin 1934, Caminada critique la notion de concurrence économique telle que l'ont élaborée trois grands auteurs allemands : Kohler, Callmann et Rosenthal [42]. Rapportant la conception de Kohler, il écrit [43] : « Kohler sieht im Gewerbe « ein systematisch betriebenes, wirtschaftliches Handeln unter Benutzung der vorhandenen Kräfte » und setzt für die Aufrechterhaltung dieses Begriffs keine Gewinnabsicht voraus. » Ce mot « systematisch » indique que Kohler n'a en vue qu'une activité organisée et exercée comme profession. Caminada ne donne pas son avis sur ce point. Il se contente de critiquer l'opinion de Kohler, qui veut limiter le domaine économique au commerce et à l'industrie, à l'exclusion des professions libérales, par exemple, en exceptant toutefois les médecins auxquels il reconnaît une protection contre les « guérisseurs », ainsi que les artistes, par quoi il paraît contredire les principes généraux qu'il a énoncés à ce sujet. Ensuite, Caminada rapporte le point de vue de Rosenthal, qui est en accord avec la doctrine dominante [44] : « Rosenthal und mit ihm fast das gesamte Schrifttum fassen dagegen das Gewerbe zutreffend als eine fortgesetzte, auf Gewinn gerichtete Tätigkeit auf. Eine weitere Voraussetzung sieht Rosenthal darin, dass der Gewerbebetrieb als selbständiges Unternehmen nach aussen in Erscheinung tritt. »

Ainsi, selon Rosenthal, exercent une activité économique ceux qui, travaillant pour leur propre compte, de façon indépendante, exercent profes-

[40] Bühler, *Op. cit.*, p. 48.
[41] Grimmlinger, *Op. cit.*, p. 119.
[42] Kohler, *Op. cit.*, p. 95 ss; Callmann, *Der unlautere Wettbewerb*, p. 39 ss, et Rosenthal, *Op. cit.*, p. 6 ss.
[43] Caminada, *Op. cit.*, p. 17; Kohler, *Op. cit.*, p. 95.
[44] Caminada, *Op. cit.*, p. 18.

sionnellement, de manière durable, une activité destinée à la réalisation d'un gain. Par gain, il faut entendre l'excédent de recettes par rapport aux dépenses qu'entraîne l'exercice d'une telle activité, idée que Caminada approuve. Ainsi un commerçant qui vendrait sa marchandise au prix de revient ne réaliserait aucun gain [45]. Pour Callmann [46] en revanche, le gain ne suppose pas nécessairement une augmentation de fortune. D'après Caminada, la clientèle est un élément nécessaire pour que l'on ait affaire à une activité économique [46bis] : « Diesen Abnehmerkreis, zu dessen Erringung der Kaufmann seine ganze gewerbliche Leistungskraft einsetzt, nennen wir Kundschaft. » Ainsi toute activité économique tend à la conquête de la clientèle.

§ 2. *De 1945 à nos jours.*

Avec Grisel, nous abordons la littérature consacrée à la notion de concurrence économique telle qu'elle est exprimée dans l'article 1, al. 1 de la LCD. Il écrit ce qui suit au sujet de ce nouveau texte légal [47] : « Selon cette disposition, un acte de concurrence déloyale est donc d'ordre économique, c'est-à-dire qu'il a trait, plus ou moins directement, à la production, à l'échange et à la consommation des biens. » Il s'appuie sur la réplique du conseiller fédéral Stämpfli à la proposition Bally, où le représentant du gouvernement observe notamment [48] : « Die Bezeichnung wirtschaftlicher Wettbewerb ist unbedingt nötig und es ist ausdrücklich festzustellen, dass nicht andere Handlungen des Wettbewerbs auf andern Gebieten menschlicher Tätigkeit unter diesen Begriff fallen. » La notion de production, d'échange et de consommation des biens semble assez vague et paraît concerner seulement le domaine du commerce et de l'industrie *stricto sensu*, alors que la LCD embrasse d'autres sortes d'activités, ainsi celles qui comprennent des échanges de services au lieu de biens (activités purement intellectuelles) et auxquelles l'auteur, d'ailleurs, reconnaît bien la nature économique [49].

Plus loin, Grisel considère comme une condition d'application de la LCD le fait que la victime d'un acte de concurrence déloyale ait une clientèle. Cette remarque pose le problème suivant. L'activité dépendante d'un employé ou d'un ouvrier, par exemple, est-elle économique au sens de cette loi, bien qu'un tel salarié ne possède pas de clientèle ? Peut-elle donner lieu

[45] Caminada, *Op. cit.*, p. 18.
[46] Callmann, *Der unlautere Wettbewerb*, p. 39, cité par Caminada, *Op. cit.*, p. 18.
[46 bis] Caminada, *Op. cit.*, p. 19.
[47] Grisel, *Op. cit.*, p. 166.
[48] Bull. sén. CE 1943 p. 36.
[49] Grisel, *Op. cit.*, p. 165.

à un cas de concurrence déloyale ? Non, d'après Grisel [50] : « De plus, dans les exemples envisagés au cours des travaux législatifs, il ne s'est agi que de la concurrence entre commerçants, industriels ou personnes exerçant une profession libérale, c'est-à-dire entre personnes qui ont une clientèle. » Un acte de concurrence déloyale, dit enfin l'auteur dans sa conclusion, est un acte « qui est propre à favoriser une personne ayant une clientèle et qui lèse ou met en danger certains intérêts d'un de ses concurrents » [51].

Gousenberg, dans une importante dissertation de droit pénal sur la concurrence déloyale, consacre un paragraphe entier à l'étude de la concurrence économique. Cependant il traite de cette notion sans la décomposer en deux éléments, comme nous le faisons nous-même.

L'auteur ne se rallie pas à la doctrine dominante, lorsqu'il affirme que le droit de libre concurrence, sous sa face de droit privé, est fondé sur la disposition de l'article 31 de la Constitution fédérale [52]. Nous passons sur cette question de droit public, ainsi que sur le problème du fondement juridique de la liberté de concurrence en droit privé suisse, en renvoyant le lecteur à la doctrine [53].

Entrent dans la catégorie des activités économiques, outre le commerce et l'industrie au sens strict, les professions libérales, soumises à une concurrence certaine. L'auteur y ajoute l'enseignement privé, ainsi que les professions artistiques et scientifiques qui présentent un aspect économique [54]. Gousenberg donne cette définition : [55] « La concurrence économique suppose une activité, un travail professionnel; elle suppose le commerce, la lutte pour les clients; la loi ne protège que celui qui peut posséder une clientèle. » Il fait donc de la clientèle une condition nécessaire à l'application de la LCD. Il cite l'exemple d'un pianiste dont le public d'admirateurs forme la clientèle. Si cet artiste retire un profit matériel de son art, son activité est alors économique au sens de la loi.

Plus loin, examinant le but d'une activité économique, l'auteur prétend que le « but lucratif » n'est point une condition *sine qua non*, mais, dit-il [56], «...pratiquement, la profession a un but lucratif et la notion traditionnelle de concurrence économique suppose un tel but; il n'y a pas de « concurrence économique » entre des établissements philanthropiques ». Cette observation mériterait une précision, touchant le sens qu'il faut attribuer à l'épithète « lucratif ».

[50] Grisel, *Op. cit.*, p. 172.
[51] Grisel, *Op. cit.*, p. 181.
[52] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 34.
[53] Cf. notamment Burckardt, *Op. cit.*, p. 225 et Kohler, *Op. cit.*, p. 17, cités par Gousenberg, *Op. cit.*, p. 34.
[54] Cf. dans ce sens Morosow, *Op. cit.*, p. 31.
[55] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 43.
[56] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 47.

Gousenberg fait d'ailleurs une remarque intéressante et nouvelle à propos du facteur de *durée* d'une profession économique. Il peut s'agir d'une activité permanente, accessoire ou occasionnelle et le caractère économique est indépendant de ces modalités. La durée n'est donc pas un élément nécessaire de l'activité économique, au sens de la loi.

La LCD est applicable aux sportifs professionnels. Elle l'est également aux « établissements de nuit », de tout genre, pourvu qu'ils ne soient pas interdits par la police.

Entre mendiants, elle paraît exclue, étant donné le caractère de charité qui prédomine dans ce genre d'activité. Ce qui donne à l'auteur une nouvelle occasion de définir l'activité économique [57] : « ... ce que le législateur veut protéger, c'est l'exercice normal d'une *profession,* considérée comme une activité économique, comme un rouage utile de la vie du pays ». Nous ne pensons pas trouver dans cette affirmation un criterium assez précis et propre à clarifier cette notion « économique » de la LCD.

Enfin l'auteur aborde encore un problème délicat, celui des professions non indépendantes [58] (salariés en général). Appartiennent-elles à la catégorie des activités économiques ? Räber [59] et le Conseil fédéral [60] répondent par la négative. L'auteur [61], citant Germann, soutient la nécessité d'accorder une protection légale à de telles activités, car la rivalité est souvent acharnée entre elles. Selon lui, ce ne serait cependant possible que *de lege ferenda.*

Dans son commentaire de la LCD, René von Büren écrit [62] : « Das neue Gesetz betrifft ausschliesslich die Wettbewerbshandlungen, die auf ökonomischem Gebiete erfolgen, d. h. in der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Sobald sie sich in einem anderen Bereich abspielen, ist das Gesetz nicht auf sie anwendbar. » Puis cet auteur fournit un exemple destiné à illustrer ses dires. Un coureur cycliste amateur ne saurait se fonder sur la LCD dans son action contre un concurrent jaloux qui l'aurait calomnié, afin de le faire évincer par le comité d'organisation d'une course. Si, par contre, ce lésé était un coureur professionnel, exclu d'une compétition rémunératrice, il pourrait alors invoquer la LCD.

Nous trouvons chez von Fischer une définition intéressante de ce qu'il appelle, d'une manière générale, l'« Unternehmer » [63]. Nous traduisons cette définition pour en faire ressortir un élément important : l'« Unternehmer »

[57] Gousenberg, *Op. cit.,* p. 49.
[58] Gousenberg, *Op. cit.,* p. 49.
[59] Räber, *Op. cit.,* p. 48.
[60] Message CF 1934, p. 18 et *contra* Callmann, *Der unlautere Wettbewerb,* p. 41 ss.
[61] Gousenberg, *Op. cit.,* p. 49.
[62] René von Büren, *Op. cit.,* p. 57.
[63] von Fischer, *Op. cit.,* p. 3.

est une personne intéressée à une entreprise et dont le comportement est guidé par un espoir de gain, le succès ou l'insuccès de l'entreprise influant *directement* sur sa fortune. Ce dernier membre de phrase retient spécialement notre attention. Il paraît bien formuler l'opinion de la majorité des auteurs en déterminant *qui* exerce une activité économique au sens de la loi, à savoir celui dont la fortune est directement affectée par le résultat de l'entreprise. Ce criterium paraît exclure le salariat de la concurrence économique et faire de l'« Unternehmer » la personne à laquelle il faut accorder la protection de la LCD. En outre, l'auteur donne encore dans son ouvrage des définitions de diverses notions économiques, telles que le gain, l'enrichissement.

Dans son étude sur les rapports entre les différentes lois relatives à la protection de la propriété industrielle ou artistique, dont la LCD, von Graffenried [64] étudie, entre autres conditions, le caractère économique de la concurrence soumise à la LCD. L'auteur constate que la loi elle-même ne fournit aucune précision à cet égard. Il déduit cependant du texte légal que celui-ci ne s'applique qu'aux personnes qui exercent une activité indépendante et destinée à la réalisation d'une recette (« Erwerb »). En effet, des termes tels que « marchandises », « œuvres », « affaires », « clientèle » et bien d'autres encore excluent l'application de la LCD aux concurrences politique, culturelle et sportive. En outre, l'auteur ne considère pas la recherche d'un « Reingewinn » comme une condition nécessaire à toute activité économique au sens de la LCD. Peu importe à cet égard le but auquel sont affectés les revenus tirés d'une activité. Une entreprise de charité, dont les bénéficiaires, infirmes par exemple, fabriquent des objets pour les vendre ensuite au public, revêt un caractère économique, même si le produit des ventes sert uniquement à couvrir les frais de cette fabrication. Comme on le voit, von Graffenried touche à une foule de points intéressants, leur donne parfois une solution en accord avec la jurisprudence, mais ne justifie pas son point de vue de manière détaillée.

Citons la définition de la concurrence économique qu'apporte Meister dans sa thèse [65] : « Unter wirtschaftlichem Wettbewerb ist der Wettbewerb im Geschäftsleben, in der auf *Erwerb* gerichteten Tätigkeit zu verstehen. » La vie des affaires comprend ainsi les activités destinées à devenir sources de revenus. Le but d'une telle activité lui confère ou non son caractère économique.

Schmid, après avoir rappelé qu'il importe de bien distinguer la concurrence *économique* de toutes les autres formes de concurrence [66], en donne

[64] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 23 à 25.
[65] Meister, *Op. cit.*, p. 41.
[66] Schmid, *Op. cit.*, p. 4. Cf. *supra* note 5.

une définition assez complète, à laquelle nous aurons l'occasion de revenir dans la suite de notre travail : « Der wirtschaftliche Wettbewerb schliesst begriffsnotwendig ein wirtschaftliches, gewerbliches Tätigsein in sich, d. h. eine fortgesetzte, auf Gewinn gerichtete Tätigkeit, wobei natürlich der Gewerbebetrieb nach aussen selbständig in Erscheinung treten muss. Mit dieser Umschreibung werden alle, welche eine dauernde auf Gewinn abzielende Tätigkeit ausüben, erfasst, somit auch die freien Berufe.» Et plus loin: « Ziel ist stets die Kundschaft zum Zwecke des Absatzes der eigenen Waren oder Leistungen. » [67] Voilà réunis dans ces définitions quelques éléments constitutifs d'une activité de nature économique. On peut en dégager cinq, que nous allons étudier l'un après l'autre :

1° « fortgesetzte », plus loin « dauernde » signifient continu, durable. Selon Schmid, un acte économique isolé ou une activité économique provisoire ou occasionnelle ne bénéficient pas de la protection de la LCD. Seule constitue une activité économique, au sens de cette loi, une activité exercée professionnellement, c'est-à-dire de façon continue.

2° « auf Gewinn gerichtete », c'est-à-dire exercée en vue d'un gain. L'auteur précise ce qu'il faut entendre par gain (Gewinn) dans une note ainsi conçue [68] : « Gewinn ist ein lebensnotwendiger Faktor der wirtschaftlichen Tätigkeit. Er muss nicht unbedingt als Vermögenszuwachs in Erscheinung treten, soll aber mindestens Spesen und Unkosten decken. » D'où il suit que ce gain ne comprend pas nécessairement un bénéfice, mais doit cependant couvrir au moins les frais et les dépenses de toutes sortes. Ainsi un commerçant, par exemple, n'exercerait une activité économique que s'il vendait sa marchandise à un prix égal ou supérieur au prix de revient global. Voilà une limite proposée qui, si elle est discutable, n'en a pas moins le mérite de la précision. Schmid [69] cite Callmann, pour qui le gain (Gewinn) consiste au minimum dans la compensation des dépenses par les recettes. Il faut donc que l'activité économique soit destinée à la réalisation d'un tel gain (Gewinn).

3° « selbständig », indépendante. Exerce une semblable activité celui qui est intéressé directement à la marche de ses affaires personnelles, car il agit dans la vie économique comme son propre maître.

4° « nach aussen », à l'extérieur. Peu importent les rapports internes, les liens qui existent entre deux entreprises, par exemple. Il suffit qu'aux yeux des tiers elle apparaisse comme indépendante. Telle est notre interprétation de ces termes. Même si elle ne répond pas à la pensée de l'auteur, nous la posons et y reviendrons ultérieurement.

[67] Schmid, *Op. cit.*, p. 4.
[68] Schmid, *Op. cit.*, p. 4, note 4.
[69] Callmann, *Op. cit.*, p. 39.

5° « Ziel ist stets die Kundschaft ». La clientèle en tant que but est un élément constitutif de toute activité économique. La lutte pour la conquête de la clientèle forme la base même de la concurrence économique.

Treadwell, lui, entend par concurrence économique la concurrence dans la vie des *affaires,* dans l'exercice d'activités destinées à la réalisation d'un gain, contrairement, dit-il, à l'art, la culture, la politique et le sport [70]. La réalisation d'un bénéfice n'est cependant pas nécessaire.

Quant à Bruno von Büren [71], il relève qu'est économique, au sens du TF, une activité consistant en un échange de prestations et contre-prestations, dans l'intention de réaliser un gain. Lorsque le but d'une activité est simplement d'en couvrir les frais, elle n'en a pas moins un caractère économique, remarque l'auteur en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral [72]. En outre, un but idéal ne prive pas une telle activité de son caractère économique, au sens de la LCD [73] : « Hinter dem Gewinnstreben stehende ideale Ziele entwirtschaftlichen nicht (BGE 75 IV 21 « Fachblatt für schweizerisches Anstaltswesen »). »

L'auteur exprime clairement que le caractère d'indépendance d'une activité est nécessaire à l'application de la LCD [74] : « Wettbewerbssubjekt im Sinne des Wettbewerbsrechtes ist nur der *selbständig Erwerbende,* denn er allein steht mit voller Persönlichkeit im Wettbewerb. » Plus loin, il écrit : « Angestellte und Arbeiter sind nur mittelbar, durch die Person des Arbeitgebers, am Wettbewerb beteiligt (vgl. BGE 80 IV 33; Luzerner OberG in ZBJV 89, 463). Sie können daher nie Kläger sein. » Enfin, ce passage sur lequel nous reviendrons : « Ohne Einfluss ist die interne Rechtsstellung des Wettbewerbers. Auch wer mit fremden Kapital, mit fremdem Patenten, unter fremder Kontrolle arbeitet, ist Wettbewerbssubjekt. » De la sorte se trouve posée la condition d'indépendance, tout au moins apparente et reconnaissable par les tiers.

Nous avons ainsi exposé, de manière succincte toutefois, les opinions des quelques auteurs qui ont essayé de tracer le contour du domaine économique que régissent les dispositions légales sur la concurrence déloyale. Notons que ces limites sont encore imprécises, faute d'une théorie générale, et n'ont jamais fait l'objet que d'études rapides et sommaires. Ce tour d'horizon avait pour but de mieux saisir le problème qui nous occupe. Nous retrouverons les citations que nous avons faites et les compléterons éventuellement

[70] Treadwell, *Op. cit.,* p. 7.
[71] Bruno von Büren, *Kommentar,* p. 18.
[72] RO 80 II 165 ss. Cf. *infra,* p. 44/45.
[73] Cf. dans ce sens RO 75 IV 21 ss, résumé dans JT 1949 IV 127 ss. Cf. *infra,* p. 43/44.
[74] Bruno von Büren, *Kommentar,* p. 17 et 18.

au cours de la discussion de cet élément « économique » de la concurrence. Poursuivons, en examinant la jurisprudence, la recherche des éléments qui nous serviront à fixer cette notion *économique* au sens de la loi suisse.

Titre II

LA JURISPRUDENCE SUISSE

Pour mieux comprendre l'évolution de la jurisprudence relative à la concurrence déloyale, il convient de distinguer les diverses périodes qui correspondent chacune à la disposition légale applicable à ce moment-là.

En Suisse, cette matière n'a pas fait l'objet d'une règle particulière jusqu'en 1912. La jurisprudence s'est fondée sur la disposition générale concernant les actes illicites, soit l'article 50 de l'ancien Code des obligations du 14 juin 1881 [75]. Elle suivait ainsi le système français, du reste en vigueur actuellement encore, qui repose sur l'article 1382 du Code civil [76]. Dans le nouveau Code fédéral des obligations du 30 mars 1911, le législateur fédéral a introduit une disposition spéciale sur la concurrence déloyale, l'article 48 [77]. Enfin c'est par la loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943, que le législateur suisse, à l'exemple de son voisin germanique [78], a renforcé la protection légale contre la concurrence déloyale.

Afin de faciliter la lecture de notre étude, nous reproduisons la disposition générale de l'article 1, al. 1 LCD, qui définit l'acte de concurrence déloyale et, du même coup, le champ d'application de cette loi :

« Est réputé concurrence déloyale au sens de la présente loi tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi. »

Tels sont, à côté de la doctrine, les matériaux avec lesquels le juge suisse a élaboré sa jurisprudence.

Voyons maintenant la jurisprudence rendue sous l'empire des dispositions qui ont successivement régi la concurrence déloyale, en nous arrêtant

[75] Art. 50 ancien du CO de 1881 : « Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer.»

[76] Art. 1382 CCF. Cf. *supra* note 19.

[77] Art. 48 du CO de 1911 : « Celui dont la clientèle est diminuée ou qui est menacé de la perdre par l'effet de publications erronées, ou d'autres procédés contraires aux règles de la bonne foi, peut actionner l'auteur de ces manœuvres en cessation de celles-ci et lui demander, en cas de faute, la réparation du préjudice causé. »

[78] Cf. *supra* note 18.

aux cas où le problème du champ d'application de la loi s'est posé, qu'il ait été résolu ou non. Ici encore, l'ordre chronologique nous permettra d'exposer plus clairement l'évolution de notre jurisprudence.

Chapitre I. SOUS L'EMPIRE DE L'ARTICLE 50 DU CODE DES OBLIGATIONS DE 1881

Cette disposition régissait le domaine des actes illicites de manière générale, c'est-à-dire quel que fût le domaine de l'activité humaine dans lequel l'acte illicite avait été commis. Lorsque, dans la vie économique, les conditions prévues par l'article 50 CO étaient réalisées, il s'agissait d'un acte *illicite* au sens de cette disposition. Mais la loi ignorait la condition du caractère *économique* de la concurrence et les prononcés judiciaires ne l'ont pas davantage prise en considération. Dès lors, une étude de la jurisprudence est tout à fait inutile au point de vue qui nous intéresse ici.

Citons simplement, sans autre commentaire, à l'appui de nos observations, l'opinion émise par le TF dans un arrêt du 20 mai 1893 [79] : « Les faits reprochés à Bonnet & Cie, faits dont l'examen suivra, appellent également en principe, en tant que constituant une concurrence déloyale, l'application de l'article 50 C. O. Il est, en effet, admis, en doctrine comme en jurisprudence, que la concurrence est déloyale lorsqu'elle use de manœuvres répréhensibles pour détourner à son profit la clientèle d'autrui, par exemple en s'emparant indûment, par des moyens déloyaux, et avec intention de nuire à des rivaux, des avantages appartenant à autrui. »

Chapitre II. SOUS L'EMPIRE DE L'ARTICLE 48 DU CODE DES OBLIGATIONS DE 1911

Cette disposition n'exige pas expressément que l'acte soit de nature économique, mais bien qu'il s'agisse d'un détournement ou d'une menace de détournement de la clientèle. Ce qui revient à poser comme condition que la victime d'un tel acte exerce une activité dont le but est la conquête de la clientèle. Ainsi le champ d'application de l'article 48 CO est précisé d'une manière qui ne laisse apparemment aucun doute sur ses limites. Nous constatons en effet que le TF n'a jamais eu à traiter la question, ce qui paraît démontrer que cette notion de clientèle suffisait à déterminer nettement le genre d'activité que le législateur de 1911 a entendu protéger.

[79] RO 19 p. 248 ss, cons. 3.

Chapitre III. SOUS L'EMPIRE DE LA LOI FÉDÉRALE SUR LA CONCURRENCE DÉLOYALE, DE 1943

Dans un arrêt du 9 juillet 1948 [80], en matière pénale, le TF a étudié la notion de concurrence économique. Il s'agissait, en l'espèce, de juger si l'Union chrétienne suisse des ouvriers sur métaux exerçait une activité économique au sens de la LCD. L'occasion était ainsi offerte au TF de définir ce qu'il fallait entendre par concurrence économique : « Unter wirtschaftlichem Wettbewerb ist hier grundsätzlich die Konkurrenz im Geschäftsleben, in der auf Erwerb gerichteten Tätigkeit zu verstehen. » Il cite ensuite, à l'appui de ce considérant, les termes utilisés dans les exemples que donne l'article 1, al. 2 LCD : « marchandises, œuvres, activité, affaires, secrets de fabrication, secrets commerciaux, etc. » D'ailleurs, selon le TF, le mot « concurrence », et non « compétition », du texte français de la LCD montre bien qu'il vise la concurrence dans les affaires. Les travaux préparatoires de la loi indiquent qu'elle est destinée au commerce et à l'industrie.

Examinant le cas de l'Union chrétienne suisse des ouvriers sur métaux, le TF déclare qu'elle n'exerce pas une activité lucrative, donc économique. « Er erstrebt zwar u. a. auch die wirtschaftliche Hebung seiner Mitglieder, betreibt aber als Berufsverband kein Geschäft und zählt demnach zu den ideellen, nichtwirtschaftlichen Personenverbindungen (vergl. BGE 62 II 33 ff.). » [81] La notion de but économique de l'article 60, al. 1 CCS paraît être, aux yeux du TF, la même que celle de la LCD. Pareillement une association à but idéal, mais exerçant une industrie en la forme commerciale telle que la prévoit l'article 61, al. 2 CCS, déploie aussi une activité *économique*, au sens que la LCD donne à ce terme. Ce que le TF ne précise cependant pas, c'est le sens et les limites du mot « Gewinn » ou « Erwerb ». Il comble toutefois cette lacune dans un autre arrêt, du 11 février 1949 [82], en matière pénale également. Le TF oppose tout d'abord une activité économique au domaine de l'art, la culture, la politique et le sport. Il s'agit de savoir si une association à but idéal exerce une activité économique en publiant une revue et en cherchant des abonnés, ainsi que des annonceurs. Cette association, selon le TF, répond aux conditions requises par l'article 61, al. 2 CCS, qui l'astreint à se faire inscrire au RC, car elle exerce, selon les termes de cette disposition, « une industrie en la forme commerciale ». L'arrêt explique ensuite ce qu'il fallait entendre par « auf Gewinn gerichtete Tätigkeit » dans le prononcé du 9 juillet 1948 : « Das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb verlangt auch nicht, dass die Erwerbstätigkeit

[80] RO 74 IV 112 ss = JT 1948 IV 157 ss.
[81] L'arrêt cité par le TF est traduit dans JT 1936 I 354 ss.
[82] RO 75 IV 21 ss, résumé dans JT 1949 IV 127 ss.

Mittel zur Erzielung eines Reingewinnes sei. » Puis, se référant au même arrêt, il déclare : « ... so war, wie sich aus der Begriffsumschreibung in Erwägung 1 jenes Urteils ergibt, unter Gewinn nicht ein Reingewinn, sondern einfach der Erwerb verstanden ». Cette notion d'« Erwerb » est précisée plus loin dans la présente cause : « Es ist nicht einzusehen, weshalb ein nach Reingewinn trachtender Fabrikant oder Händler wegen dieses Strebens gegen unlauteren Wettbewerb geschützt werden sollte, nicht aber z. B. eine auf gemeinnütziger Grundlage geführte Blindenanstalt, die gleiche Ware absetzt, *die Einnahmen aber nur als Beitrag an die Unkosten betrachtet* » (passage *souligné* par l'auteur de la thèse). Ainsi lorsque le Tribunal parle de « auf Gewinn gerichtete Tätigkeit », il n'entend pas nécessairement une activité tendant à la réalisation d'un bénéfice net (« Reingewinn »), mais seulement d'un gain (« Gewinn, Erwerb »), qui représente une contribution, de plus ou moins de valeur, à la couverture des frais. Une telle activité jouira donc de la protection de la LCD contre des actes de concurrence déloyale.

Le TF a de plus exprimé son opinion de façon catégorique et détaillée sur ce problème dans un arrêt très important du 6 avril 1954 [83]. Il s'agissait de juger s'il y avait concurrence économique entre une école privée, donnant des cours par correspondance, et la Société suisse des commerçants (SSC) qui organise, en collaboration avec l'Union des employés de banque (UEB), des cours du soir, par l'intermédiaire d'une commission des cours réunis composée des délégués de ces deux dernières personnes juridiques.

La Cour de justice de Genève, examinant le caractère économique de l'organisation de la SSC et de l'UEB, a dénié à leur activité le caractère économique. En effet, la SSC n'en retire aucun profit, attendu que cette activité laisse seulement un « petit bénéfice », qui reste acquis à la Commission des cours réunis. Le TF a désapprouvé ce point de vue. Après avoir cité les exemples énumérés dans l'alinéa 2 de l'article 1 LCD, il considère : « Il en résulte que la LCD protège toute activité économique dans quelque domaine que ce soit. Elle s'applique donc aussi bien à celui qui exerce une profession libérale qu'à l'industriel et au commerçant. » Il tire argument du fait que le programme des cours réunis est volumineux et que ces cours sont ouverts à tous, tient compte en outre de l'existence et du montant des écolages, d'où le Tribunal conclut qu'un rapport de concurrence existe entre les deux parties au litige. La Cour cantonale prétendait que la SSC n'exerce pas une activité à but lucratif. Se référant à l'article 61, al. 2 CCS, le TF rappelle qu'une association à but idéal peut exercer « une industrie en la forme commerciale » et il poursuit : « Dans ce cas, l'exercice d'une industrie reste pour l'association un moyen d'atteindre son but; il ne tend pas à

[83] RO 80 II 165 ss.

réaliser un bénéfice, mais il ne l'exclut pas. Il n'en constitue pas moins, en lui-même, une activité à but lucratif, c'est-à-dire une activité économique. » En conséquence l'intention d'obtenir un bénéfice, comme le fait même de le réaliser, ne sont pas des éléments constitutifs de la notion d'activité économique. Un but idéal ne permet pas en soi d'exclure ce caractère économique : « En d'autres termes, le simple fait d'exercer une activité économique suffit pour entraîner l'application de la LCD; il importe peu en revanche que cette activité tende essentiellement à réaliser un bénéfice ou qu'elle constitue avant tout le moyen d'atteindre un but idéal. »

Touchons encore quelques mots de deux arrêts du TF, rendus à propos des articles 60 ss CCS et à l'un desquels il se réfère dans son arrêt publié au RO 74 IV 112 (= JT 1948 IV 157) et que nous avons étudié plus haut. Dans le premier, datant du 11 février 1936 [84], le TF examine si le « Schweiz. Tabakverband » exerce une activité économique et tombe de ce fait sous le coup des articles 59, al. 2 et 61, al. 2 CCS. Exposant la *ratio legis* de ces dispositions, il déclare : « Partant de cette idée, tant le Conseil fédéral dans son projet de 1904, que la Commission du Conseil national, voulaient faire de l'inscription au registre du commerce la condition préalable de l'acquisition de la personnalité par toute association exerçant une activité économique et commerciale, que cette activité fût le but de l'association ou seulement un moyen d'atteindre un autre but (v. projet du Conseil fédéral, art. 70; Message concernant ce projet, p. 19; Bulletin sten. National 15 p. 480). » Dans le cas particulier, il constate que le syndicat des tabacs se borne à protéger les intérêts économiques des commerçants de la branche et qu'il n'exerce aucun commerce, ni ne possède aucune manufacture.

Dans un arrêt rendu les 5 et 6 décembre 1934 [85], le TF avait déjà traité du caractère économique d'une association qui, aux termes de ses statuts, ne se propose pas un but lucratif. Il s'agissait *in casu* de juger si la Fédération suisse des associations de fabricants d'horlogerie vise un but économique ou, selon le texte allemand de l'article 60 CCS, «sich einer wirtschaftlichen Aufgabe widmet ». Le TF affirme ce qui suit : « Pour décider qu'une association est « économique », ou qu'elle « se voue à une tâche économique » (sich einer wirtschaftlichen Aufgabe widmet), selon le texte allemand de l'article 60 CC, il ne suffit pas de constater qu'elle appartient au domaine économique par opposition au domaine religieux, artistique, de bienfaisance, etc. » Plus loin : « ... les effets lointains et indirects d'une institution, d'une organisation, d'une association peuvent fort bien appartenir au domaine économique par opposition à ce qu'on appelle le domaine « idéal »,

[84] RO 62 II 32 ss = JT 1936 I 354 ss.
[85] JT 1935 I 66 ss.

sans que, pour autant, l'accomplissement de la tâche assignée directement à cet organisme constitue une activité économique. » Puis : « L'association doit participer aux affaires, jouer un rôle actif sur le marché de la branche, en exerçant une industrie ou un commerce. » Il ne suffit donc pas, pour qu'une activité ait un caractère économique au sens de la loi, qu'elle soit exercée dans le domaine de l'industrie et du commerce au sens strict. Le TF a confirmé son opinion dans un arrêt rendu en 1953 [86].

Tels sont les arrêts qui nous intéressent dans ce présent chapitre. Ce sont les seuls, à notre connaissance, où le TF ait eu l'occasion d'exprimer son opinion sur le caractère économique d'une activité bénéficiant de la protection légale.

Titre III

CRITIQUE ET PROPOSITIONS

Le besoin de protection contre les actes de concurrence déloyale s'est manifestement fait sentir de manière pareille en Allemagne, en France et en Suisse. Le commerce, l'industrie et les affaires en général y ont subi une évolution semblable et parallèle, les relations d'affaires s'y sont multipliées grâce au développement de l'industrie, des moyens de communication et de transport, au progrès technique, et se sont compliquées juridiquement pour les mêmes raisons. Les législateurs nationaux ont dû parer au danger croissant de concurrence déloyale. Peu importe pour nous qu'ils aient résolu le problème de façons différentes en Allemagne, en France et en Suisse. Ces divergences ne diminuent en rien l'intérêt que nous avons à considérer, sans les distinguer, les champs d'application que ces trois pays ont assignés au droit de la concurrence.

Ce dont il importe de tenir compte cependant, ce sont les formes sous lesquelles furent ou sont exercées, dans chacun de ces pays, certaines professions. Si l'on envisage le notariat, par exemple, on sera frappé de constater les différences qui existent à une époque donnée et encore actuellement entre les trois pays prénommés et, en Suisse, entre les divers cantons. Ici le notaire exerce une activité purement indépendante, soumise pourtant au contrôle de l'Etat (Vaud, Valais, Genève), là il est un fonctionnaire public (Zurich, Lucerne, etc.). Mais, quand nous considérerons une profession sujette à de telles différences d'un lieu à un autre ou d'une époque à une autre, c'est de

[86] SJ 1954, p. 85 ss.

la forme actuelle qu'elle revêt dans le canton de Vaud que nous parlerons.

Notre examen de la doctrine nous permet la constatation suivante. La plupart des auteurs, lorsqu'ils abordent ce sujet, donnent une définition de ce qu'ils entendent par activité économique. Presque chacun ajoute un élément constitutif nouveau à la définition qu'il a reprise d'un ouvrage antérieur. Aussi bien les particularismes régionaux ou nationaux engendrent-ils cette variété et cette multitude d'opinions. De plus, les époques différentes auxquelles ces ouvrages ont été écrits expliquent la relativité de telles définitions. D'où la conscience que nous avons de ne faire qu'œuvre provisoire, sujette à modification par le temps.

Rares sont les auteurs qui précisent les termes de leurs définitions. Il est vrai que la langue allemande, grâce à l'abondance de ses mots à peu près synonymes, ne favorise guère la précision. C'est ce qui nous vaut ces termes vagues de « Gewinn », « Erwerb », que l'on ne sait comment rendre exactement en français.

Notre but, dans le présent titre, est de dégager de la doctrine les éléments qui paraissent caractéristiques et nécessaires à une activité économique au sens du droit de la concurrence. Nous apprécierons l'usage qu'en a fait la jurisprudence sous l'empire de la loi actuelle, après quoi nous tenterons de formuler notre propre définition.

Chapitre I. IL S'AGIT D'UNE ACTIVITÉ

Un acte de concurrence déloyale, au sens de la LCD, doit produire ses effets dommageables sur l'exercice de l'activité économique d'autrui, dont il diminue la capacité de concurrence dans la lutte économique. Lorsque la loi parle de « concurrence économique », elle suppose manifestement deux ou plusieurs personnes qui *agissent* parallèlement en vue de la réalisation d'une fin identique ou analogue. Il s'agit d'activités et nous pensons que ce mot « activité », tel que nous devons le concevoir, correspond à la définition philosophique qu'en donne le dictionnaire Larousse du XX^{e} siècle : « L'activité est proprement la production des actes ou mouvements par un être doué de volonté, ou, tout au moins, de désir et de conscience. » La plupart des auteurs que nous venons de citer, pour ne parler que de ceux-ci, utilisent des termes semblables : « activité » (Chenevard), « activité, travail, lutte pour les clients » (Gousenberg), « Handlungen des Wettbewerbs » (conseiller fédéral Stämpfli), « Tätigsein » (Schmid), « Handeln » (Caminada), « Kampf um die Kundschaft » (Bühler). Quant au TF, dans deux arrêts déjà cités (RO 74 IV 112 = JT 1948 IV 157 et RO 80 II 165), il emploie les termes « Tätigkeit » et « activité ».

C'est bien l'idée qu'on trouve dans l'ouvrage de Baumbach-Hefermehl [87] suivant lesquels il faut une activité, c'est-à-dire une manifestation extérieure, sans quoi il n'y a pas de concurrence. Cette manifestation extérieure, c'est-à-dire un acte de concurrence, peut, selon ces auteurs, consister soit en une marchandise soit en une prestation. René von Büren exprime d'ailleurs une opinion semblable de manière très explicite [88] : « Ohne eine äussere Tätigkeit ist die Ausübung eines Rechtes nicht vorstellbar. Der Rechtsmissbrauch setzt daher notwendigerweise eine Begehungshandlung voraus. »

Cette activité, ce travail consistent en un certain nombre d'actes dont la portée est économique et dont l'ensemble constitue cette « activité économique » que nous essayons de définir. Quelles formes de tels actes revêtent-ils ? Ce peuvent être des « dare » (commerçants), des « facere » (médecins, avocats, notaires, agents d'affaires, artistes, sportifs, etc.) ou les deux ensemble (industriels, agriculteurs, etc.).

Chapitre II. GENRE D'ACTIVITÉ

Si l'on réussit à classer en catégories très générales les différentes activités humaines susceptibles de revêtir le caractère économique qui nous intéresse, il est en revanche impossible de les prévoir toutes, tant il est vrai que n'importe quelle activité de l'homme peut devenir économique, du moment où les conditions qui font l'objet de notre étude sont réalisées. Il serait donc vain de tenter d'établir une liste exhaustive des activités que protège le droit de la concurrence. L'évolution de la technique fait souvent naître de nouvelles professions. A quoi il faut ajouter l'évolution des mœurs. Il n'est pas rare, de nos jours, de voir tel individu pratiquer un sport de compétition ou d'exhibition en guise de métier, de source de revenus. Nous ne pensons pas là seulement à un professeur de sport, mais à un athlète dont la performance représente un acte économique. A une époque où le « professionnalisme » sportif fleurit, il est bon de le placer dans son vrai cadre et le considérer pour ce qu'il est, une activité purement économique. Telle est bien l'opinion de Gousenberg qui écrit : « La concurrence déloyale est possible entre sportifs professionnels; entre « établissements de nuit », même peu recommandables, s'ils sont déclarés licites par la police; c'est une « profession », socialement et économiquement reconnue. » [89]

[87] Baumbach-Hefermehl, *Op. cit.*, p. 2.
[88] René von Büren, *Op. cit.*, p. 53.
[89] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 48.

Selon nous, il faut voir dans ce que Gousenberg appelle la police, c'est-à-dire la loi, les règlements et les mœurs, la seule limite au-delà de laquelle une activité humaine ne peut jamais être économique au sens de notre droit de la concurrence. Ainsi ce n'est qu'en raison de l'illicéité d'une telle entreprise que l'exploitation d'une maison « close », par exemple, n'a pas un caractère économique. Dans un pays où la loi ne l'interdit point, une pareille activité est purement économique et devrait bénéficier de la protection légale contre la concurrence déloyale.

Peuvent être économiques au sens de notre droit (LCD) les activités suivantes : 1. Commerce au sens strict. 2. Industrie (fabricants, producteurs). 3. Artisanat, entreprise (maîtres d'état). 4. Professions libérales (médecins, avocats, notaires, architectes et autres). 5. Activités artistiques, littéraires, scientifiques. 6. Sports. 7. Agriculture, viticulture, élevage. 8. Toutes autres activités humaines qui ne sont pas interdites. Dans cette catégorie, nous faisons entrer les activités peu usuelles ou nouvelles.

Chapitre III. ACTIVITÉ INDÉPENDANTE

Tant l'ancien article 48 CO que l'article 2, al. 1 LCD n'accordent la protection légale respectivement qu'à « celui dont la clientèle est diminuée ou qui est menacé de la perdre... » et à celui qui « est atteint ou menacé dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général... ». Cette personne que la loi protège contre des actes de concurrence déloyale participe à la vie économique, c'est-à-dire au commerce, à l'industrie ou aux affaires en général. Nous ne trouvons cependant dans la loi aucune précision sur le statut juridique de celui qui exerce cette activité. Selon certains auteurs, il faut faire une distinction entre l'activité indépendante d'un commerçant propriétaire de son fonds de commerce, par exemple, et l'activité dépendante de l'employé qui lui est subordonné. D'autres pensent qu'il n'y a pas lieu de la faire. Cette controverse nous amène à nous poser deux questions. Quel est le criterium permettant de différencier les activités indépendantes des dépendantes ? Sont-elles toutes deux également soumises à la LCD ?

Nous trouvons dans la thèse de von Fischer une définition de l'« Unternehmer » [90], que nous avons traduite dans notre exposé de la doctrine. Nous en rappelons l'élément principal, à savoir l'influence directe du succès

[90] Nous préférons garder ce terme allemand, plutôt que d'en donner la traduction française qui induirait en erreur. L'« Unternehmer », au sens que lui donne von Fischer, est le chef d'une entreprise quelconque, agissant à l'égard des tiers pour son propre compte et en toute indépendance.

ou de l'insuccès de l'entreprise sur la fortune de l'« Unternehmer ». En outre, le gain que ce dernier tire de son activité constitue le stimulant qui le pousse, dans son propre intérêt, à accroître toujours plus ses efforts vers le succès économique. Cet élément psychologique, bien que négligeable du point de vue juridique, n'en justifie pas moins explicitement le criterium de distinction que propose von Fischer et qui nous paraît satisfaisant.

Morosow semble exprimer la même idée [91] lorsque, touchant les activités artistiques, il admet qu'elles deviennent économiques « pour autant que leurs travaux ou prestations... représentent pour eux une source de revenus directs... » Nous voyons dans ce terme « directs » l'énoncé de la condition suivant laquelle celui qui exerce une activité économique doit en toucher directement les revenus, mais non les percevoir d'un employeur ou de quelque autre personne en vertu d'un lien de dépendance. En outre, l'auteur fait entrer dans sa liste des activités économiques les professions artistiques soumises à la « loi de l'offre et de la demande » [92]. Il veut probablement indiquer que ces activités doivent s'adresser au public, c'est-à-dire représenter une source de revenus essentiellement variables, attendu qu'ils dépendent des fluctuations du marché et des préférences de la clientèle. Nous pouvons admettre que Morosow considère la nature indépendante d'une activité comme une condition nécessaire à l'application de la LCD, bien qu'il n'émette nulle part expressément cette opinion.

Les deux juristes allemands Rosenthal et Wehner avaient avancé, dans leur commentaire de 1909 déjà [93], la considération suivante. Celui qui exerce une activité économique soumise au droit de la concurrence est étroitement dépendant, quant au montant de ses revenus, de la loi de l'offre et de la demande (« Gesetz von Angebot und Nachfrage »). Les deux auteurs font de cette caractéristique un élément constitutif de toute activité économique. En outre, cette observation vaut pour toutes les professions, aussi bien commerciales et industrielles que libérales. Cependant, plus loin, ils remarquent que l'indépendance d'une activité n'est pas une condition nécessaire de la protection découlant du droit de la concurrence [94] : « Auf die Selbständigkeit des die gewerbliche Tätigkeit Ausübenden kommt es nicht an. » C'est ce qui leur permet d'admettre la protection de la loi allemande sur la concurrence déloyale pour l'activité des employés privés, mais de la refuser à celle des avocats, par exemple, du fait qu'ils échappent à la loi de l'offre et de la demande.

Rosenthal, dans son ouvrage de 1928, est revenu de l'opinion quelque

[91] Morosow, *Op. cit.*, p. 31. Cf. *supra* p. 33.
[92] Cf. *supra* p. 33.
[93] Cf. *supra* p. 29.
[94] Rosenthal et Wehner, *Op. cit.*, p. 17. Cf. *supra* p. 28.

peu contradictoire que nous venons d'exposer. Au sujet de la nouvelle définition d'une activité économique (« Gewerbebetrieb ») que formule Rosenthal, Caminada écrit ce qui suit [95] : « Mit dieser Definition geniessen daher alle Personen, also auch die Angehörigen der freien Berufe, welche auf eigene Rechnung eine dauernde, auf Gewinn abzielende Tätigkeit ausüben... » Seul celui qui travaille *pour son propre compte* exerce une activité économique. Cette nouvelle opinion nous paraît logiquement dictée par la condition que nous avons relevée plus haut, à savoir qu'une activité revêt la nature économique autant qu'elle est soumise à la loi de l'offre et de la demande.

Plusieurs auteurs ont donné leur opinion sur cette question et la doctrine dominante, sans jamais justifier son point de vue, refuse à l'employé, au salarié en général, la protection du droit de la concurrence (Caminada, Grisel, Gousenberg, von Fischer, Schmid, Bruno von Büren et d'autres encore qui n'ont pas expressément formulé leur avis). Mentionnons Bühler [96], qui considère comme activités économiques toutes celles de caractère indépendant, qu'elles soient littéraires, artistiques ou autres.

Citons enfin, plus particulièrement, von Graffenried dont l'opinion, fondée sur le Message de 1942 et le texte même de la loi, concorde avec celle de la majorité des auteurs [97] : « Man wird sich damit abfinden müssen, dass der Gesetzgeber an den Schutz der Unselbständigerwerbenden und deren Arbeitgeber nicht gedacht hat und sie auf andere Gesetzesbestimmungen, wie Art. 28 ZGB, Art. 41, 97 ff. OR und das Strafgesetzbuch verweist. » Plus loin l'auteur observe que « Wer keine direkt auf Einkommenserzielung gerichtete Tätigkeit ausübt, kann sich nicht auf das UWG berufen. » Quoique ce point de vue soit motivé très succinctement, il nous paraît juste, comme nous le verrons. L'auteur a le mérite de soulever une question dont l'importance paraît avoir été négligée jusqu'à nos jours. Il convient de remarquer toutefois que, si l'article 48 CO accordait la protection légale seulement aux personnes atteintes dans leur clientèle, la LCD s'applique en faveur de celui qui est lésé dans ses intérêts matériels en général. Or, il est peu vraisemblable que le législateur de 1911 ait considéré qu'un employé, par exemple, puisse « avoir une clientèle ». L'expression « intérêts matériels », dont use la LCD, est plus vague et peut s'appliquer à toute personne, dépendante ou indépendante.

Etudions plus particulièrement les différentes formes que peut revêtir une activité exercée dans le domaine économique.

Il ne fait nul doute que l'activité d'un commerçant, par exemple, qui

[95] Rosenthal, *Op. cit.*, p. 6 ss, cité par Caminada, *Op. cit.*, p. 18. Cf. *supra* p. 34.
[96] Bühler, *Op. cit.*, p. 48. Cf. *supra* p. 34.
[97] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 24.

assume seul l'exploitation de son établissement, bénéficie de la protection de la LCD. En effet, il participe à la vie économique et engage lui-même sa propre responsabilité dans l'exercice de son métier. Sa rémunération dépend de son travail, de l'efficacité de ses efforts vers la réussite économique. Tout dommage qu'il pourrait subir l'atteindrait lui et lui seul. Il incarne son entreprise et jouit, dans sa profession, d'une liberté d'action qui n'est limitée que par la loi. Il est le type même du « Wettbewerbssubjekt », selon l'expression de Bruno von Büren [98].

Supposons maintenant que ce même commerçant ait à son service deux ou plusieurs employés et que ces collaborateurs reçoivent, en contrepartie de leur travail, un salaire fixe, déterminé contractuellement. Assurément, ils exercent une activité dont le but est identique à celui que vise leur patron. Faut-il pour autant les assimiler à celui-ci et, partant, devons-nous tenir leur activité pour économique au sens de la LCD ? Quel est l'élément distinctif le plus déterminant entre leur activité et celle de leur « patron » ? C'est à cette dernière question qu'il importe de répondre maintenant.

Ainsi que nous l'avons relevé dans le début de notre travail, la LCD pose, entre autres conditions d'application, que la victime subisse une atteinte ou une menace « dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général » [99]. Condition nécessaire pour que la concurrence déloyale soit réalisée. Or, n'est qu'un intermédiaire entre son employeur et le public le salarié qui n'a personnellement aucune clientèle, dont le crédit ne se confond pas avec celui de son patron, dont la réputation professionnelle ne forme qu'un élément des forces économiques auxquelles il apporte son travail, enfin dont les intérêts matériels ne sauraient faire l'objet immédiat d'un acte de concurrence déloyale.

Quel que soit le résultat de l'entreprise à laquelle ils collaborent, en cas de réussite comme en cas d'échec, ces employés reçoivent toujours, contre les mêmes quantité et qualité de travail, le même salaire, fixé contractuellement. Qu'en est-il de l'employeur ? C'est son intérêt, sa fortune qui sont directement affectés par les résultats positifs ou négatifs du commerce qu'il exploite. Que l'employé ou l'établissement dans son ensemble soient lésés par un acte de concurrence déloyale, l'effet dommageable atteint *directement* les intérêts de l'employeur. L'employé pâtira tout au plus d'une conséquence *indirecte* de l'acte dommageable, un débauchage, une diminution de salaire, par exemple. Encore, dans ce cas-là, ne s'agit-il que d'une

[98] Cf. dans ce sens Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 17, N° 40, et Schmid, *Op. cit.*, p. 4, dont l'expression « nach aussen selbständig » paraît exprimer la même opinion.

[99] Cf. art. 2, al. 1 LCD.

question de droit contractuel entre son employeur et lui, indépendante du droit régissant la concurrence économique.

La loi entend régler les rapports existant entre sujets de droit privé dans l'exercice d'une liberté indéfinie, la liberté de concurrence économique, mais non les rapports entre des personnes liées par des dispositions contractuelles, créatrices de droits et d'obligations déterminés [100]. Seul l'« Unternehmer » est libre de ses actes à l'égard des tiers, sauf le cas où il est soumis aux statuts d'une association professionnelle, qui règlent ainsi conventionnellement ses rapports avec les concurrents. La LCD reste dans cette hypothèse sans application.

Touchant le criterium de la loi de l'offre et de la demande, proposé par Rosenthal et Wehner et que nous adoptons partiellement, nous rejetons leur opinion selon laquelle il faut admettre la protection du droit de la concurrence pour des activités d'employé privé, par exemple, et la refuser aux avocats. Certes les employés privés sont soumis, quant à leurs intérêts matériels, aux fluctuations du marché et en subissent les effets favorables ou néfastes, mais ils n'en sont jamais touchés qu'indirectement. En effet Rosenthal et Wehner méconnaissent la différence fondamentale qui existe entre l'activité d'un employé privé et celle d'un commerçant indépendant, par exemple. Le premier ne subit qu'indirectement les augmentations et les diminutions de l'offre par rapport à la demande, ou vice versa, et de plus n'en ressent pas nécessairement les effets. Alors que le second est immédiatement et forcément atteint par ces variations du marché.

Quant aux professions d'avocat, de notaire, pour ne parler que de celles-là, nous ne saurions approuver Rosenthal et Wehner qui leur refusent la nature économique sous le prétexte que la rémunération de ces activités a plutôt le caractère d'honoraires. Sans doute la loi commerciale de l'offre et de la demande n'a plus le même caractère dans ces cas, mais elle agit néanmoins, car ces professions sont soumises à l'influence d'autres facteurs tels, par exemple, que les mœurs, la marche des affaires en général, les phénomènes sociaux divers. Au sujet du médecin, pas n'est besoin, selon nous, qu'il exploite une clinique ou un hôpital pour qu'il soit régi, dans l'exercice de son activité, par le droit de la concurrence. Sa profession dépend directement des circonstances sociales qui l'affectent et modifient le rapport de l'offre et de la demande, tel qu'il existe dans le commerce proprement dit comme dans l'industrie. Approuvons en revanche ces deux auteurs lorsqu'ils dénient à l'activité des employés publics tout caractère économique pour le motif que le rendement d'un tel emploi est soustrait à l'influence directe de facteurs politiques, économiques ou sociaux.

[100] Josserand étudie de manière remarquable cette distinction entre liberté générale et droit défini.

Dans son récent et remarquable commentaire de la LCD, Bruno von Büren [101], tout en reconnaissant que les ouvriers et employés participent réellement à la lutte économique, les exclut cependant du champ d'application de la LCD. « Der Unternehmer vertritt alle hinter ihm stehenden Interessen, auch die des Arbeitnehmers. » Nous tenons cette opinion pour exacte, car la concurrence économique est une compétition à laquelle participent comme concurrents, non pas tous les individus qui y sont intéressés de près ou de loin, mais des *entreprises* représentant chacune des intérêts à la fois divers et convergents. Le lecteur nous pardonnera le choix d'un exemple quelque peu étranger à notre étude, mais qui nous paraît propre à faire mieux saisir notre idée. Un coureur automobile, qui participe, à titre privé, à une course, s'entoure de plusieurs collaborateurs, dont chacun contribue soit au bon fonctionnement du véhicule, soit à faciliter d'une manière ou d'une autre la tâche du conducteur. Or, ces personnes, qui sont à la disposition du champion, ne sont pas elles-mêmes des concurrents dans cette compétition sportive, bien qu'elles y participent grâce à leur travail et y jouent souvent un rôle décisif. C'est le coureur lui-même qui exerce l'activité sportive proprement dite, qui est le « Wettbewerbssubjekt », à savoir le vainqueur ou le vaincu dans cette compétition, à l'exclusion de ses collaborateurs.

Il en va de même dans la concurrence économique et nous pouvons écrire, avec Bruno von Büren, « Nur der selbständige Unternehmer ist Mitbewerber ».

Les remarques qui précèdent nous portent à affirmer que la LCD refuse sa protection à toutes les personnes qui exercent une activité quelconque à rémunération fixe, déterminée contractuellement. Font partie de cette catégorie et n'exercent donc *pas* une activité économique, par exemple, les ouvriers (que leur employeur soit un particulier ou une personne de droit public), employés privés, fonctionnaires publics, pasteurs, juges, magistrats quels qu'ils soient.

Nous n'avons parlé jusqu'à maintenant que d'employés touchant une rémunération fixe et arrêtée conventionnellement. Il en est cependant certains qui sont rémunérés selon un autre système, celui de la provision, salaire variable, dépendant des résultats obtenus par l'employé dans l'accomplissement de son travail. Tel est parfois le cas des voyageurs de commerce [102], et même des collaborateurs d'un patron exerçant une profession libérale. Ils touchent une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires qu'ils ont réalisé. Le plus souvent d'ailleurs, la provision s'ajoute à un

[101] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 182.

[102] Cf. l'art. 9, al. 2 de la loi fédérale du 13 juin 1941 sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce.

salaire fixe, déterminé, la rétribution ayant de ce fait un caractère mi-fixe, mi-variable, c'est-à-dire dépendant pour une fraction seulement des résultats de l'activité de l'employé-collaborateur. Il en va pareillement dans les entreprises qui font participer, sous une forme ou sous une autre, les ouvriers aux bénéfices.

En effet, un employé rémunéré de cette manière est directement tributaire, quant au montant d'une partie de ses revenus, des fluctuations de la branche économique dans laquelle il exerce son activité. Pour cette catégorie de gains variables, il subit de la même manière que son employeur les effets de la concurrence à laquelle il participe personnellement. Toute diminution du chiffre d'affaires entraîne naturellement et directement une diminution de sa provision. Nous devons donc le considérer, partiellement tout au moins, comme une personne exerçant une activité indépendante (sa rémunération dépend de lui-même).

En outre, selon le criterium de Rosenthal et Wehner [103], cet employé est soumis, comme une personne exerçant une profession indépendante ordinaire, à la loi de l'offre et de la demande. Une baisse éventuelle de la demande d'un produit est, pour le représentant commercial par exemple, cause immédiate d'une diminution *proportionnelle* de ses revenus variables.

Pour la partie variable de son salaire, qui dépend donc de ses efforts personnels, un tel employé doit, selon nous, être assimilé à un sujet de la concurrence (Wettbewerbssubjekt).

Il importe cependant de faire une distinction entre l'indépendance *réelle* et l'indépendance *apparente*. Ainsi celui qui, placé à la tête d'une maison de commerce ou d'une entreprise industrielle, apparaît comme le chef de cet établissement, est souvent, en réalité, subordonné à une autre personne physique ou morale, par des rapports juridiques qui ne parviennent pas à la connaissance des tiers. Ces liens juridiques forment ce que Bruno von Büren appelle « die interne Rechtsstellung » et dont il écrit [104] : « Ohne Einfluss ist die interne Rechtsstellung... » Ces rapports internes ne sont pas nécessairement connus du public et l'application du droit de la concurrence ne saurait en dépendre. Tel chef d'entreprise, par exemple, travaille avec des capitaux appartenant à autrui, agit donc en vertu d'un contrat (travail, mandat), mais apparaît sur le terrain de la concurrence économique comme le véritable titulaire des droits et obligations inhérents à son activité. Telle maison, qui est en réalité la filiale d'une autre, ou telle société anonyme, dont la majorité des actions appartient à une société « holding » ou à une tierce personne physique ou morale, seront néanmoins des sujets de la concurrence.

[103] Cf. *supra* p. 29.
[104] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 17.

Le domaine des professions libérales présente des exemples semblables. Examinons la position d'un avocat qui exerce son activité à titre de collaborateur d'un confrère. Considérons le cas où il touche une rétribution fixe, indépendante du nombre des affaires qu'il traite, quel que soit celui des deux praticiens dont la clientèle demande l'assistance. Il n'est, en vertu des *rapports internes,* qu'un employé salarié. Dans les *rapports externes,* ceux qui apparaissent à la connaissance des tiers, il exerce une profession libérale au même titre que son patron et offre personnellement ses services au public. Malgré la position réelle de ce collaborateur, il nous semble évident que, sur le terrain de la concurrence, son activité doit être regardée comme indépendante et, partant, économique.

Citons enfin Morosow, qui répond à cette question par un exemple [105] : « Le propriétaire possédant des succursales dans plusieurs localités, et l'une seule de ces succursales étant atteinte, nous croyons que le gérant (au sens commun du terme) ou le fondé de procuration, au nom du chef de la maison (art. 459, al. 1 CO)... pourront actionner devant les tribunaux l'auteur des manœuvres illicites dirigées contre la dite succursale. » Nous pensons que cette opinion est juste, car l'application de la LCD ne doit dépendre en aucun cas de rapports internes, difficilement contrôlables, afin de sauvegarder l'efficacité de la protection légale.

Pour conclure, nous dirons qu'est *indépendante* une activité soumise directement à la loi de l'offre et de la demande. C'est-à-dire lorsque la personne qui l'exerce éprouve directement dans ses intérêts matériels toute variation dans les résultats de son entreprise.

De même qu'une activité indépendante est immédiatement soumise à toute modification du rapport variable entre l'offre et la demande, de même toute autre circonstance influant sur l'un ou l'autre de ces deux éléments atteint directement la personne physique ou morale [106] dans ses intérêts matériels. C'est le cas notamment d'un acte de concurrence.

Nous pensons donc que seules les activités indépendantes bénéficient de la protection légale contre des actes de concurrence déloyale. Il faut toutefois faire entrer dans cette catégorie les activités apparemment indépendantes et les assimiler aux premières.

Chapitre IV. ACTIVITÉ PRINCIPALE OU ACCESSOIRE

Dans son arrêt du 10 juillet 1951 [107], le TF admet l'action en concurrence déloyale introduite par une personne, cantonnier de sa profession,

[105] Morosow, *Op. cit.*, p. 32.
[106] Cf. dans ce sens René von Büren, *Op. cit.*, p. 58.
[107] RO 77 II 263 ss = JT 1952 I 200 ss.

à propos de l'exploitation d'une invention dont elle est l'auteur. En chargeant un tiers de réaliser l'objet de cette invention, le cantonnier exerçait une activité économique accessoire, mais néanmoins au bénéfice de la protection légale contre la concurrence déloyale.

Gousenberg exprime une opinion semblable [108] : « ... il peut s'agir d'une activité accessoire, qui ne représente, pour celui qui l'exerce, qu'une source secondaire ou temporaire de revenus; on devra parler, en pareil cas, de « profession accessoire » ou de « profession occasionnelle ». A notre sens, l'avis de cet auteur est exact. Nous y trouvons cependant une confusion entre « accessoire » et « occasionnel ». En effet ces deux qualificatifs ne se recouvrent nullement dans leur signification. Une activité peut fort bien être accessoire et ne pas être occasionnelle, mais au contraire permanente. Et vice versa.

Il s'agit ici d'une activité dont la rémunération ne constitue qu'une partie (peut-être la plus importante dans certains cas) des revenus qu'une personne tire de l'ensemble de ses occupations. Or les caractéristiques d'une activité économique sont attachées aussi bien à l'activité qu'une personne déploie parallèlement à d'autres, d'une manière accessoire, qu'à la profession qu'elle exerce principalement et à laquelle elle voue la majeure partie de son temps.

Citons encore l'opinion de Rosenthal et Wehner [109] : « Ein eigentlicher Gewerbebetrieb ist nicht gefordert, vielmehr genügt jede geschäftliche Unternehmung im weitesten Sinne. »

En outre, il ne nous paraît pas davantage nécessaire que celui qui exerce une activité économique, au sens du droit de la concurrence, dispose d'une organisation professionnelle poussée, telle qu'un bureau, du matériel, des marques pour ses produits, une enseigne, une raison de commerce. Seuls les actes et leurs caractéristiques sont déterminants à cet égard. L'envergure, l'importance matérielle d'une entreprise économique quelconque n'en sont aucunement des éléments constitutifs.

Voici en revanche une idée de Gousenberg, que nous ne saurions approuver [110] : « Le fait de louer des appartements, ou des chambres (sous-location) sans aucune *activité* de directeur de pension, n'est pas une profession; toute « concurrence déloyale » nous paraît exclue entre deux propriétaires d'immeubles, même si les régies doivent se dépenser quelque peu pour l'entretien des locaux. »

Or, comme nous l'avons vu plus haut, toute activité humaine est susceptible de devenir « économique » lorsque certaines conditions sont remplies. Que penser alors d'une activité consistant à régir, à gérer des immeu-

[108] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 48.
[109] Rosenthal et Wehner, *Op. cit.*, p. 17.
[110] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 48.

bles, par exemple ? Nous pensons qu'elle est économique, quelle que soit la manière dont elle est exercée, principalement ou accessoirement, et quel que soit le nombre des immeubles gérés; un seul suffit. De même, un propriétaire, gérant son propre immeuble, déploie une activité économique tout comme une personne exerçant la profession de gérant d'immeubles et jouit donc de la protection légale contre la concurrence déloyale.

Chenevard [111] observe qu'une activité économique doit être exercée « comme une profession ». C'est également l'opinion de Morosow [112], qui ne parle que de « professions ». Citons encore Kohler [113] qui qualifie une telle activité de « systematisch betriebenes... Handeln ». Voilà qui nous paraît restreindre beaucoup trop le champ d'application du droit de la concurrence.

Gousenberg utilise constamment, comme nous l'avons déjà vu, le terme « profession » mais le contexte paraît exclure une signification trop stricte de ce mot dans le vocabulaire de cet auteur.

La plus grande partie de la doctrine n'aborde pas ce problème.

Chapitre V. DURÉE DE L'ACTIVITÉ

Quelques auteurs érigent la durée en condition nécessaire. Ainsi, Rosenthal et Wehner [114] exigent «eine gewisse Dauer der Tätigkeit» et ajoutent : « ... doch kommt der Umfang der Dauer nicht in Betracht; es genügt unter Umständen ein von vorneherein bestimmter kürzerer Zeitraum ». Ce qui revient à reconnaître qu'il est exclu de déterminer le minimum de durée d'une activité. Nous estimons que pas n'est besoin que cette durée soit fixée par avance, car elle est souvent imprévisible, dépendante de circonstances impondérables. Même les actes préparatoires, qui ne constituent pas encore l'exercice proprement dit d'une activité économique future, forment déjà une activité digne de protection. Il est toutefois nécessaire qu'ils aient le caractère d'actes concluants, c'est-à-dire qu'ils manifestent nettement chez leur auteur l'intention d'exercer une certaine activité. La jurisprudence ne nous fournit aucun exemple pratique à ce sujet.

Dans son ouvrage de 1928, Rosenthal [115] écrit qu'une activité économique doit être continue (« fortgesetzt »). Telle est également l'opinion de Schmid [116], qui emploie le même terme dans sa définition, ainsi que « dauernd ». D'autres, tel Gousenberg, ne considèrent pas la durée comme

[111] Chenevard, *Op. cit.*, p. 6. Cf. *supra* p. 31/32.
[112] Cf. *supra* p. 32.
[113] Cité par Caminada, *Op. cit.*, p. 17. Cf. *supra* p. 34.
[114] Rosenthal et Wehner, *Op. cit.*, p. 17.
[115] Cf. Rosenthal, *Op. cit.*, p. 6.
[116] Schmid, *Op. cit.*, p. 4. Cf. *supra* p. 39.

une condition nécessaire. Les tribunaux n'ont jamais eu à se prononcer à ce sujet.

Une activité peut consister en un acte isolé, ou en plusieurs actes dont l'ensemble implique déjà une certaine durée. Cette activité peut indifféremment revêtir un caractère occasionnel, provisoire ou durable sans que ses caractéristiques économiques en soient modifiées. Si, d'une façon purement occasionnelle, je donne une unique leçon à quelqu'un contre une rémunération, ou si, moyennant une contre-prestation quelconque, je mets une seule fois mes connaissances au service d'un tiers, j'exerce dans ces deux cas une activité à caractère économique. Par conséquent si toutes les conditions qui font l'objet de notre étude dans le présent titre sont réalisées, cette activité doit bénéficier de la protection de la LCD.

Nous estimons que la notion de durée ne joue donc aucun rôle dans le droit de la concurrence économique.

Chapitre VI. LA CLIENTÈLE

Cet élément est étroitement lié à celui de l'échange de biens ou de services. Comme le relèvent très justement Kohler [117] et Reimer [118], celui qui exerce une activité économique cherche à entrer en relations d'affaires (« geschäftliche Beziehungen » ou « geschäftliche Verhältnisse ») avec un ou plusieurs tiers qui forment la clientèle. Ces relations consistent toujours en un échange de valeurs, représentées par des choses, des services ou de l'argent. Lobe [119] voit un échange dans toute activité économique. Quant à von Graffenried [120], après avoir dénié, de manière générale et à tort selon nous, tout caractère économique aux activités politiques, culturelles et sportives, cet auteur pose justement en termes clairs la même condition : « Die Tätigkeit muss sich vielmehr auf Handel und Gewerbe, d.h. auf den Austausch und Verbrauch von Gütern und Leistungen beziehen. »

Rosenthal et Wehner [121] soulèvent un problème intéressant : les sociétés de consommation, les sociétés d'assurance mutuelle, bref toutes les personnes morales exerçant une activité dont le but est de subvenir aux besoins de leurs propres membres, ont-elles le caractère économique requis par la LCD ? Ces deux auteurs répondent par la négative [122], estimant que les revenus n'ont ici qu'un caractère d'avance, de prêt. Nous pensons que cette opinion est erronée. Prenons le cas de la compagnie d'assurance mutuelle.

[117] Kohler, *Op. cit.*, p. 101. Cf. *supra* p. 29/30.
[118] E. Reimer. *Op. cit.*, p. 511. Cf. *supra* p. 30.
[119] Lobe, *Op. cit.*, 24. Cf. *supra* p. 28.
[120] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 23.
[121] Rosenthal et Wehner, *Op. cit.*, p. 19. Cf. *supra* p. 29.
[122] *Contra* Kohler, *Op. cit.*, p. 99, qui estime qu'une compagnie d'assurance mutuelle exerce une activité économique. Cf. *supra* p. 29.

L'assuré, ici, avant de prendre une assurance, est un tiers jouissant de sa liberté de contracter ou de ne pas contracter. Qu'advient-il de ce tiers, de ce client, lorsqu'il a conclu le contrat? Les primes qu'il verse périodiquement revêtent le caractère d'une cotisation qu'il paie à titre de membre de la société. Il n'est plus un « client », il est devenu, par son adhésion, un sociétaire [123]. Quant à la société elle-même, ses ressources ne proviennent pas des contre-prestations périodiques de tiers, mais lui sont fournies par ses membres. Il s'agit donc d'un circuit fermé, grâce auquel une société vit de ses propres ressources. Cela est vrai, mais nous ne croyons pas que ces données soient décisives. En effet, comme nous venons de le noter, le futur sociétaire, avant d'acquérir la qualité de membre d'une compagnie d'assurance mutuelle, est un client possible, c'est-à-dire un tiers dont la liberté à l'égard de la société est totale. Il choisit à son gré tel ou tel assureur et remplit le rôle d'arbitre du marché, fonction qui lui est dévolue dans le régime de libre concurrence que nous connaissons en Suisse. Du point de vue de la clientèle, dont nous faisons la fin de toute activité économique, une pareille société d'assurance remplit pleinement cette condition. Il en va de même, pensons-nous, des sociétés coopératives de consommation par exemple.

Roubier [124] ne voit de concurrence économique possible qu'entre personnes ayant une clientèle, « entre maisons qui sont en compétition pour la conquête de la clientèle ». Cette condition de lutte pour la « conquête de la clientèle » nous paraît justifiée. Gagner le public, clientèle éventuelle, par les offres qu'il lui adresse est bien le but que vise tout auteur d'une activité économique. Ce but ne doit pas nécessairement être atteint, mais toute l'activité doit tendre à sa réalisation. Certes la clientèle d'une entreprise ne lui est jamais définitivement acquise et ne saurait dès lors en former un élément constitutif. En conséquence, celui qui exerce une activité économique n'a aucun droit à la conservation de sa clientèle. Elle se compose d'une collectivité de personnes dont la liberté de choix est entière, dont les préférences sont passagères et qui ne s'intègre nullement à l'entreprise. Le rôle des dispositions légales sur la concurrence déloyale est de maintenir dans les limites de l'honnêteté la lutte pour la conquête du client. Cette lutte est l'essence même, le nerf moteur de la concurrence. Chaque client, par la préférence qu'il accorde à l'offre d'une maison quelconque, lui permet ainsi de réaliser son but, la conclusion de relations d'affaires dont elle tire ses revenus.

Remarquons en passant que l'ancien article 48 CO, qui régissait la con-

[123] Cf. par exemple les art. 3 ss des statuts de l'Assurance Mutuelle Vaudoise contre les accidents.

[124] Roubier, *Op. cit.*, p. 492 et 499. Cf. *supra* p. 31.

currence économique jusqu'en 1945, avait pour objet de protection la clientèle du lésé. Quand un acte constituait une menace ou entraînait une diminution, voire la perte totale de la clientèle, il réalisait une condition nécessaire à l'application de l'article 48. Cette disposition embrassait ainsi toutes les modalités de concurrence déloyale, si diverses fussent-elles. Nous ne saurions approuver les arguments du Conseil fédéral, lorsqu'il déclare dans son message de 1942 [125] : « Cette disposition restreint la *notion* de concurrence déloyale aux cas où quelqu'un est atteint ou menacé dans la possession de sa clientèle; elle n'embrasse ni l'atteinte au crédit, ni l'atteinte aux autres bases de la capacité de concurrence ou leur mise en danger... » Mais, pensons-nous, quel autre effet la concurrence pourrait-elle avoir, en dernier ressort, que celui d'atteindre ou de menacer la clientèle d'un concurrent ? Là est la véritable et ultime conséquence de *tout* acte de concurrence déloyale. Aussi bien l'atteinte au crédit, à la réputation professionnelle que tout autre procédé contraire à la bonne foi ont bien pour résultat final une atteinte à la clientèle, à quoi le législateur entend précisément parer. Mais comme on ne saurait attribuer à la clientèle d'un établissement une valeur déterminée et que tout acte de concurrence, même admissible, est de nature à diminuer la clientèle d'autrui, nous reconnaissons que la rédaction de l'article 48 CO était fâcheuse et nous préférons résolument les « intérêts matériels en général » de l'article 2, al. 1 LCD.

Nous pensons toutefois que la LCD n'a nullement élargi le champ d'application du droit de la concurrence. Le législateur a voulu surtout exonérer les concurrents du fardeau de la preuve, souvent impossible à rapporter, d'une atteinte ou d'une menace d'atteinte à leur clientèle. Car, contrairement à l'opinion de la doctrine dominante, nous sommes convaincu qu'il n'est pas d'acte actuellement connu qui tomberait sous le coup de la LCD et non de l'ancien article 48 CO.

Quant à l'expression « possession de sa clientèle », qui figure dans la phrase citée plus haut du Message de 1942, nous nous contenterons de remarquer que non seulement il est impossible de « posséder » une personne ou une pluralité de personnes, mais encore que cette clientèle n'est qu'une valeur virtuelle, future, hypothétique, impliquant seulement l'espoir de conclure un marché. Or un tel bien n'est pas susceptible de possession. L'ouvrage de Lobe [126] apporte un appui à ce que nous venons d'affirmer, à savoir que, si la clientèle représente une valeur pour le commerçant, celui-ci n'a cependant aucun droit sur elle. Parlant de l'achalandage [127],

[125] Message CF 1942, p. 6.
[126] Lobe, *Op. cit.*, p. 25.
[127] Lobe donne la définition de l'achalandage d'après Waelbroeck, *Cours de droit industriel*, n° 292 : « Un achalandage est un ensemble de relations suivies qui se sont établies entre un industriel et les consommateurs. »

que la doctrine française a distingué de la clientèle, cet auteur ne le considère pas davantage comme l'objet possible d'un droit. En outre, selon Lobe, l'achalandage, tout comme la clientèle, ne peut donner lieu à une protection légale quelconque, car il y manque la matérialisation (« Gegenständlichkeit »), la solidité (« Festigkeit ») et la constance (« Stetigkeit »).

Nous trouvons chez Vinassa [128] une citation tirée de Valéry (Annales du Droit Commercial 1902, 273) qui expose la nuance qui différencie la « clientèle » de « l'achalandage » : « L'idée de clientèle implique une certaine constance dans les rapports des clients avec la maison de commerce;... L'achalandage, au contraire, ne suppose aucune continuité, aucune fixité dans les relations... Aussi un établissement commercial peut-il avoir concurremment une chalandise et une clientèle... » Cette distinction paraît sans importance pour notre étude, mais elle précise clairement ces deux notions [129].

Résumant son chapitre réservé au concept et aux caractères de la clientèle, Vinassa remarque notamment qu'elle est un ensemble de relations d'affaires, non un ensemble de personnes. Elle peut provenir indifféremment de clients ou de chalands au sens de la doctrine française. L'expression qui rend le plus fidèlement une semblable notion de la clientèle est le mot italien « avviamento ». C'est ce terme que Rotondi [130] définit comme « lancement » et dont il dit que ce n'est ni un bien matériel ni un bien immatériel, mais une « valeur économique » [131].

Traitant de la nature juridique de la clientèle, spécialement selon le droit suisse, Brönimann [132] considère le facteur clientèle comme une «forme nouvelle de richesse économique ». C'est un lien particulier qui s'établit entre le fonds de commerce et la masse des consommateurs. L'auteur approuve le TF pour qui « toute activité commerciale est génératrice d'une valeur de clientèle. Cette valeur est afférente en première ligne à la personne du commerçant ou à sa raison de commerce [133] ». Cette opinion vaut, à notre avis, non seulement pour le commerce, mais pour toutes les activités tombant sous le coup de la LCD.

Au sujet de la nature juridique de cette clientèle, l'auteur rappelle

[128] Vinassa, *Op. cit.*, p. 5 et 6.

[129] Quant à Brönimann, *Op. cit.*, p. 114, il conclut en revanche que les expressions « clientèle et achalandage » et « clientèle ou achalandage » ne sont respectivement que les « pléonasmes » et de simples « redondances de style », les deux notions étant identiques.

[130] Rotondi, *Op. cit.*, p. 531 ss.

[131] On peut comparer cet « avviamento » avec la « Leistungskraft » que la doctrine allemande (Lobe, Böhm, etc.) a tirée de la notion plus générale du « Leistungswettbewerb » et que la doctrine et la jurisprudence suisses avancent, souvent sans l'avoir assimilée, comme principe heuristique dominant l'économie en général.

[132] Brönimann, *Op. cit.*, p. 113 à 122.

[133] RO 68 II 237 ss = JT 1943 I 9 ss.

diverses observations que le TF a faites jusqu'à nos jours. Tantôt la clientèle est un objet de commerce [134], ou une valeur qui se répartit entre le preneur qui exploite l'établissement et le bâilleur, propriétaire de l'immeuble [135], tantôt elle « n'est pas un objet de commerce » [136] ou ne saurait faire l'objet d'une « cession » [137]. Ainsi le TF a refusé, à plusieurs reprises, de reconnaître juridiquement la vente de la clientèle d'une maison de commerce, tout en admettant parfaitement la « cession d'un ensemble de choses, comprenant des biens corporels et immatériels » [138]. Selon cette jurisprudence, c'est, semble-t-il, dans la catégorie des biens immatériels qu'il faudrait ranger la clientèle. Ces contradictions tiennent, pensons-nous, à l'impossibilité de définir juridiquement ce concept.

En conséquence, nous ne pouvons que nous rallier à l'opinion de Brönimann, qui voit dans la clientèle une notion « apparemment mixte », attachée indifféremment aux éléments corporels et immatériels d'une entreprise, mais dont on ne saurait prétendre qu'elle soit ni un bien corporel ni un bien immatériel. Nous faisons nôtre la remarque de l'auteur : « Ce concept est juridiquement inqualifiable. »

Quant à nous, contraint que nous sommes de recourir à une définition économique plutôt que juridique, nous désignons par « clientèle » la partie du public susceptible d'entrer en relations d'affaires avec une entreprise et qui incarne, comme nous l'avons dit plus haut, l'espoir de conclure un marché.

Morosow [139] voit dans une activité économique des « travaux... destinés à une clientèle ». Il porte donc l'accent sur un élément subjectif, lié à l'intention de la personne qui déploie cette activité. Celle-ci doit être destinée à la clientèle. Le seul fait d'exercer une activité de nature à attirer une clientèle ne suffit pas. Nous en déduisons que le pianiste, qui exerce son art pour lui-même ou à titre purement privé et gratuit, ne déploie pas une activité économique. Qu'il se produise devant un public payant, cette activité, comme nous le verrons plus bas, devient purement économique et jouit de la protection du droit de la concurrence.

Quid d'une activité, à vrai dire destinée à la clientèle, mais qui n'est pas de nature à la conquérir ? Voici une personne exerçant une activité qui relève de la plus pure fantaisie, mais prétendant de la sorte conquérir le marché. Une telle activité ne saurait être économique, car l'élément objectif y fait défaut. Or ces deux éléments « destinés » (subjectif) et « de

[134] RO 27 II 545 ss = JT 1902 I 550 ss.
[135] RO 68 II 237 ss = JT 1943 I 9 ss.
[136] JT 1902 I 550 ss.
[137] RO 1896 p. 811 ss et, dans le même sens JT 1902 I 550 ss.
[138] RO 50 II 481 ss = JT 1925 337 ss.
[139] Morosow, *Op. cit.*, p. 121. Cf. *supra* p. 33.

nature » (objectif) sont ensemble constitutifs d'une activité économique. Telle paraît être l'opinion de Lobe [140] selon lequel il ne suffit pas qu'une personne ait l'intention d'entrer en concurrence avec une autre pour qu'existe objectivement entre elles un rapport de concurrence. Ainsi, la loi ignore ce que nous appellerons la « concurrence putative ». Il en est de même dans l'exercice d'une activité économique, où les deux conditions objective et subjective doivent, selon nous, être réalisées.

Caminada [141] fait également de la clientèle une condition nécessaire à l'existence d'une activité économique. Grisel [142], prenant pour preuve les travaux législatifs, est du même avis Il exclut donc du nombre des activités économiques celles des employés et de tous ceux qui exercent une activité dépendante. Nous pensons en effet que, par « clientèle », il faut entendre les personnes qui ont choisi ou qui sont susceptibles de choisir de préférence les services ou les produits d'un tiers. C'est à ce dernier que la clientèle fournira sa contre-prestation et non aux intermédiaires, employés, qui ont effectivement traité l'affaire. Un employé, n'ayant à proprement parler jamais de clientèle, n'exerce donc pas une activité économique au sens où nous l'entendons.

Selon Gousenberg [143], « la loi ne protège que celui qui peut posséder une clientèle ». Ce verbe « peut » semble indiquer, comme nous l'avons vu plus haut, que l'activité économique doit être de nature à attirer une clientèle. « Ziel ist stets die Kundschaft » [144], écrit Schmid en parlant des activités économiques. Le mot « Ziel » paraît faire allusion à la condition subjective, selon laquelle il faut qu'une activité soit destinée à la clientèle.

Quant à la jurisprudence du TF, elle confirme ce que nous venons d'affirmer [145] : « Les cours ne sont pas réservés aux membres des deux associations; ils sont ouverts à tous... Il est notoire qu'ils sont annoncés par de la publicité dans les journaux. Pour l'exercice 1951-1952, il a été dépensé 3305 fr. 75 à titre de frais de propagande. » Ces éléments, qu'avance le TF, paraissent déterminants. Ils le sont en effet, car ils prouvent que l'établissement de la SSC ne s'adresse pas seulement à ses propres membres mais au public en général, c'est-à-dire à une clientèle possible. La publicité, la propagande en sont des indices certains. Nous pouvons illustrer ces observations en rapportant les termes dont le TF use dans l'arrêt rendu les 5 et 6 décembre 1934 et que nous avons partiellement relaté [146] : « ... participer aux affaires, jouer un rôle actif sur le marché de la branche... »

[140] Lobe, *Op. cit.*, p. 39.
[141] Caminada, *Op. cit.*, p. 18. Cf. *supra* p. 35.
[142] Grisel, *Op. cit.*, p. 172. Cf. *supra* p. 35.
[143] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 43. Cf. *supra* p. 36.
[144] Schmid, *Op. cit.*, p. 4. Cf. *supra* p. 39.
[145] RO 80 II 165 ss. Cf. *supra* p. 44.
[146] JT 1935 I 66 ss. Cf. *supra* p. 45.

Contrairement à l'avis du TF, ces caractéristiques ne prouvent pas, dans le cas particulier, que les deux parties se trouvent en rapport de concurrence, bien que la défenderesse exerce une activité économique, condition distincte d'application de la LCD. D'autres facteurs doivent intervenir, que nous étudierons dans la deuxième partie de notre travail, pour établir l'existence d'une concurrence [147].

Le TF avait exprimé la même opinion, quoique de façon plus vague, dans son arrêt du 11 février 1949 [148]. Par la phrase suivante : « Beide trachteten darnach, Abonnenten und Inserenten zu finden... », il démontre, non pas un rapport de concurrence, mais bien le fait que les deux parties s'adressent au public et cherchent donc à conquérir une clientèle. Il en résulte que ces deux établissements réalisent la condition nécessaire dont nous avons traité dans le présent chapitre [149].

En conclusion, nous pensons qu'une activité économique au sens de notre droit de la concurrence doit être destinée et de nature à créer des rapports d'affaires avec des tiers, appelés clientèle.

Chapitre VII. LA RÉMUNÉRATION

Nous avons vu que l'exercice d'une activité économique a notamment pour objet de nouer des relations d'affaires avec des tiers qui forment la clientèle. Quelles sont la nature et les particularités du marché ainsi conclu? Telles sont les questions auxquelles nous répondrons dans ce chapitre.

Il s'agit, comme nous l'avons déjà dit, d'un échange de valeurs qui peuvent consister en une chose, un service ou de l'argent.

En quoi doivent consister ces valeurs échangées, pour que l'on puisse admettre l'existence d'une activité économique ? Y a-t-il une limite précise qui sépare les activités soumises à la LCD et celles qui ne le sont pas ? Tâchons donc, dans ce chapitre, de préciser le sens qu'il faut attribuer à la « rémunération » d'une activité économique.

L'activité économique a pour objet l'échange d'un service ou d'une chose contre un autre service, une autre chose ou de l'argent.

Quand il n'y a pas d'échange, c'est-à-dire lorsqu'une personne transfère une chose à un tiers ou lui fournit un service sans exiger une contre-prestation correspondante, nous avons affaire à un acte gratuit. Or un tel acte

147 Remarquons cependant que, dans le cas particulier, pas n'était besoin au TF de déterminer si les deux parties se trouvaient en rapport de concurrence économique, l'al. 2, litt. *a* n'exigeant point cette condition. Il suffisait, selon nous, de constater le caractère économique de l'établissement de la demanderesse. Or il est incontestable.

148 RO 75 IV 21 ss, résumé dans JT 1949 IV 127 ss. Cf. *supra* p. 43.

149 Autre chose serait de tenter d'établir un rapport de concurrence.

ou une telle activité ne sauraient être économiques. Prenons pour exemple une institution philanthropique dont l'activité consiste à délivrer gratuitement des objets nécessaires aux indigents. Même si cette activité peut, dans certains cas, priver certaines maisons de commerce de clients éventuels, nous ne pouvons considérer qu'il s'agisse là d'une entreprise dont l'activité soit économique. La prestation fournie par cet établissement de bienfaisance ne représente pas une valeur économique, au sens de la LCD. Le bénéficiaire n'a point opéré un choix entre des offres comparables, il ne fournit aucune contre-prestation, il n'est donc pas un client. Il en est de même d'une association professionnelle dont l'activité consiste à rendre des services à ses propres membres sans exiger d'eux quelque contre-prestation. Les cotisations périodiques que versent les membres ne peuvent être regardées comme une véritable rémunération. Il ne s'agit pas d'un échange de valeurs déterminées.

Le TF a jugé, dans un arrêt dont nous avons seulement donné la référence [150], qu'une association de maîtres ferblantiers, dont les statuts prévoient, entre autres tâches, « d'organiser éventuellement, dans l'intérêt exclusif et personnel de ses membres, l'achat en commun de matières premières ou d'articles manufacturés utilisés dans la profession », n'a pas de ce fait un but économique au sens de l'article 60 CCS. Car l'activité de cette association s'exerce uniquement dans l'intérêt personnel des associés et ne revêt donc aucun caractère lucratif. Nous pensons qu'une comparaison entre les criteriums appliqués ici par le TF et ceux que nous avons exposés et adoptés est intéressante. En effet, une activité est économique au sens de la LCD, entre autres conditions, si les prestations de celui qui l'exerce ont une valeur économique, c'est-à-dire trouvent leur contrepartie dans une prestation du destinataire. Or, dans l'espèce jugée par le TF, ce n'est point le cas. Une telle activité n'est donc pas plus économique au regard de la LCD qu'elle n'a de but économique au sens de l'article 60 CCS.

L'abus du droit d'effectuer une libéralité ne se conçoit pas [151], non seulement parce que, en matière de concurrence déloyale, cet acte n'est pas « économique » (cf. plus haut), mais d'une manière générale parce que l'abus d'un droit dont l'exercice ne peut entraîner aucune obligation à la charge d'un tiers, partant, ne saurait lui causer aucun dommage, est inconcevable juridiquement. Il s'agit d'un acte purement gratuit [152].

Il nous reste à envisager les cas dans lesquels celui qui exerce une activité en fait dépendre l'accomplissement d'une contre-prestation. Quelle

[150] SJ 1954, p. 85 ss.

[151] Nous prenons le mot « abus » dans le même sens que la notion d'abus de droit selon l'article 2 CCS, reprise par la LCD dans son article premier, al. 1 comme criterium d'admissibilité des actes de concurrence.

[152] Cf. Josserand, *Op. cit.*, p. 389.

est la mesure qui sert à déterminer la valeur que doit atteindre au minimum la contre-prestation, pour que la prestation puisse être qualifiée d'acte «économique », dans l'acception que la LCD donne à cette épithète ? Ou suffit-il que cette contre-prestation représente une valeur quelconque ? Examinons de manière plus approfondie les opinions de la doctrine sur ce point.

Pour Lobe [153], la concurrence économique englobe le domaine du travail économique, en particulier les activités lucratives. L'intention de réaliser un gain n'est cependant pas un élément nécessaire. Au surplus, l'auteur ne précise pas ce qu'il faut entendre par activité lucrative, ni par gain (« Gewinn »).

Dans leur commentaire de la loi allemande de 1909, Rosenthal et Wehner [154] font une remarque intéressante : « Erforderlich ist ein gewisser Zusammenhang zwischen den einzelnen Erwerbshandlungen und das Vorliegen eines Zweckes dieser Tätigkeit dahingehend, dass eine unmittelbare Einnahmequelle erstrebt wird. » Ils ajoutent : « Es genügt dazu nicht ein irgendwie geartetes eigenes Interesse, sondern es ist erforderlich, dass aus der Tätigkeit selbst Einnahmen gezogen werden sollen. » Ainsi ces deux auteurs tiennent le but de l'activité pour une condition indispensable. Il doit consister à faire de ces actes économiques une source directe de recettes. Nous ne trouvons cependant dans cet ouvrage aucune précision sur la valeur de ces revenus, qui ne semblent soumis à aucune condition particulière.

Chenevard [155] exige un but de lucre comme condition nécessaire au caractère économique d'une activité. Mais il ne s'explique pas davantage à ce sujet.

Dans son ouvrage de 1928 [156], Rosenthal parle d'une activité économique comme d'une « auf Gewinn gerichtete Tätigkeit ». Il faut donc que cette activité tende à un « Gewinn », lequel proviendra, dans le commerce par exemple, de la différence entre le prix de vente et le prix de revient. Pour la première fois, nous trouvons un criterium précis : la valeur d'un bénéfice réside dans la part des recettes qui dépasse le montant des dépenses. Cette opinion de Rosenthal est approuvée par Caminada, qui le cite. Ce dernier rapporte ensuite l'opinion de Callmann [157], pour lequel « Ein geschäftlicher Betrieb verlangt einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben, also einen Gewinn. Zum Vermögenszuwachs braucht der Gewinn nicht zu werden; wenn er nur die Unkosten deckt ». Cette phrase mérite

[153] Lobe, *Op. cit.*, p. 15.
[154] Rosenthal et Wehner, *Op. cit.*, p. 17.
[155] Chenevard, *Op. cit.*, tome I, p. 6. Cf. *supra* p. 31/32.
[156] Rosenthal, *Op. cit.*, p. 6 ss, cité par Caminada, *Op. cit.*, p. 18. Cf. *supra* p. 34.
[157] Callmann, *Der unlautere Wettbewerb*, p. 39, cité par Caminada, *Op. cit.*, p. 18 Cf. *supra* p. 35.

l'attention. Une activité économique, selon les deux auteurs allemands auxquels Caminada se réfère, doit avoir pour but la réalisation d'un gain (« Gewinn »). Callmann apporte donc une précision supplémentaire, en donnant la définition du terme « Gewinn ». Par « Ausgabe » il entend sans doute les dépenses, tous les frais dont un commerçant, par exemple, tient compte dans le calcul de ses prix de revient et la fixation de ses prix de vente. Mais encore, ce gain ne doit pas forcément constituer une augmentation de fortune. Il peut fort bien par exemple être affecté à la couverture de faux frais (« Unkosten »), c'est-à-dire de frais imprévus et imprévisibles, qui n'entrent pas de façon précise dans le calcul des prix. Le gain n'est donc pas nécessairement en fin de compte un bénéfice net.

Quant à Kohler [158], il ne considère pas l'intention de réaliser un gain comme élément *sine qua non* d'une activité économique. Et il ajoute : « ... auch eine philanthropische Anstalt betreibt ein Gewerbe, selbst wenn sie ihren Ertrag zum voraus mildtätigen Zwecken zuwendet. » Il fait allusion dans cet exemple à un établissement de bienfaisance qui réalise un gain, mais l'affecte à des buts charitables. Il ne fait toutefois aucun doute que cette activité est économique, car l'établissement a bel et bien pour fin première la réalisation d'un « Gewinn » sans lequel sa tâche serait impossible à remplir ! Peu importent, pensons-nous, les buts auxquels ce gain est destiné ultérieurement. Ils ne sauraient, en effet, supprimer le caractère économique d'une activité de ce genre.

Kohler remarque ensuite : « Nicht die Art der Verwendung der Ergebnisse des Gewerbes, sondern der auf solche Ergebnisse gerichtete Charakter des Geschäftes kommt in Betracht. » Cette opinion est parfaitement justifiée. Nous estimons aussi qu'une entreprise dont les revenus servent exclusivement à la satisfaction de ses propres besoins, telles une société de consommation ou une compagnie d'assurance mutuelle, déploie une activité qui, malgré ses particularités, est de nature économique [159].

Nous pouvons fort bien imaginer qu'un artiste ou un sportif, dont la fortune personnelle lui permet de subvenir à ses propres besoins, emploie l'entier des revenus tirés de son activité artistique ou sportive à des œuvres charitables. Son activité n'en est pas moins économique et bénéficie à ce titre de la protection qu'assure le droit de concurrence.

Morosow [160] observe simplement, au sujet des professions industrielles et commerciales, que « le but de cette activité commerciale peut être quelconque, pourvu qu'il représente une valeur au point de vue économique... ».

[158] Kohler, *Op. cit.*, p. 96.
[159] Cf. *supra* p. 59/60 et *contra* Rosenthal et Wehner, *Op. cit.*, p. 19. Gousenberg, *Op. cit.*, p. 47, partage cependant notre opinion.
[160] Morosow, *Op. cit.*, p. 30 et 31.

Quant aux artistes ou hommes de science, l'auteur exige « une contre-prestation en argent pour l'œuvre qu'ils ont exécutée, appréciable économiquement et négociable dans le sens large du mot ». Plus loin, il considère que n'est pas économique l'activité d'une personne qui refuse toute contre-prestation. Morosow ne fixe pas la valeur que la rémunération doit atteindre au minimum pour qu'il s'agisse d'une activité économique. Toutefois une rémunération *quelconque* suffit à ses yeux, semble-t-il, pour justifier l'application du droit de la concurrence.

Bühler [161] veut, chez la personne qui exerce une activité économique, l'intention de réaliser un « Erwerb » ou un « Unterhalt », c'est-à-dire à tout le moins des revenus suffisants pour assurer son propre entretien. Ce sont là des propositions vagues, qui n'apportent aucune solution à notre problème.

Pour von Graffenried [162], les buts auxquels une personne affecte les revenus de son activité n'importent pas, qu'ils soient égoïstes ou philanthropiques. Par exemple : « Eine gemeinnützige Institution, die zur Deckung ihrer Unkosten durch Behinderte Waren herstellen und vertreiben lässt, ist ebenso wirtschaftlich und geschäftlich tätig wie ein Geschäftsmann, der nach Reingewinn strebt. » L'auteur ne donne toutefois pas d'explication au sujet de ces « Unkosten » et ne fixe pas de valeur minimale pour le revenu d'une activité économique. Quoi qu'il en soit, la simple couverture des frais suffit à entraîner l'application de la LCD.

Gousenberg [163] estime que la condition du but lucratif n'est pas nécessaire. Cependant, dit-il, « la notion traditionnelle de concurrence économique suppose un tel but ». Cette remarque infondée est sans valeur. En outre, l'auteur ne précise pas ce qu'il faut entendre par lucre. Quel que soit le sens que l'auteur attribue à ce mot lucre, c'est à tort, croyons-nous, qu'il écarte l'exigence du « but lucratif ». En effet, que l'on entende par là une rémunération de valeur quelconque ou un « Gewinn » au sens que Callmann donne à ce terme, nous sommes d'avis qu'une activité économique est nécessairement destinée à la réalisation d'un tel but, faute de quoi il ne s'agirait que d'une entreprise purement philanthropique échappant, comme nous l'avons vu, au domaine de la concurrence économique et, partant, à la LCD.

Meister [164] entend par activités économiques celles qui ont pour but l'obtention d'un gain (« Erwerb »), dont il ne précise pas la mesure.

Schmid [165], dont nous avons analysé la définition, considère comme économique une activité qui vise à un « Gewinn » (« auf Gewinn gerichtete

[161] Bühler, *Op. cit.*, p. 13. Cf. *supra* p. 33.
[162] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 25.
[163] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 47. Cf. *supra* p. 36.
[164] Meister, *Op. cit.*, p. 41. Cf. *supra* p. 38.
[165] Schmid, *Op. cit.*, p. 4. Cf. *supra* p. 39.

Tätigkeit »). L'auteur reprend la notion de « Gewinn » telle que la donne Callmann [166]. Schmid pense que ce « Gewinn » doit représenter la valeur nécessaire pour assurer la couverture des frais, quels qu'ils soient (« Spesen und Unkosten »). Nous pensons pour notre part que, non seulement un tel criterium est inapplicable vu l'impossibilité pratique de déterminer dans chaque cas particulier le montant des « Spesen, Kosten, Unkosten », mais encore que cette tentative de fixer la valeur minimale du « Gewinn » ne se justifie point, comme nous le verrons plus bas.

Enfin Bruno von Büren [167] estime que l'activité « die üblicherweise von Gewinnabsicht begleitet ist » est économique. Citant et approuvant l'arrêt du TF du 6 avril 1954 [168], il observe qu'il suffit que ce « Gewinn » couvre les faux frais (« Unkosten »), par lesquels il entend probablement les *frais* (cf. plus haut). En conséquence, la personne qui recherche un tel « Gewinn » dans l'exercice de ses occupations déploie une activité à caractère économique. Nous ne pouvons approuver ce point de vue.

Nous partageons l'opinion du TF [169] lorsqu'il déclare à propos de la LCD : « Il n'y a pas de raison de soustraire à son empire des activités purement économiques par leur nature, sous le prétexte que ceux qui les exercent ne cherchent pas à réaliser un bénéfice mais se proposent un autre but. » Ainsi se trouve clairement exprimé le fait qu'une activité économique n'a pas forcément pour but la réalisation d'un bénéfice. Nous allons encore plus loin que le TF dans ce sens, car nous pensons que, même si la SSC *excluait* tout bénéfice dans l'activité en question, elle n'en serait pas moins soumise à la LCD dans le domaine de l'enseignement. La phrase de l'arrêt « il ne tend pas à réaliser un bénéfice, mais il ne l'exclut pas » n'est donc point déterminante. En revanche, nous nous rallions pleinement à l'avis du TF, exprimé dans son arrêt du 11 février 1949 [170], suivant lequel pas n'est besoin qu'une activité économique ait pour but un « Reingewinn », pourvu qu'elle tende à un « Erwerb ». En conséquence, une simple *contribution à la couverture des frais* suffit (« Beitrag an die Unkosten »).

Nous en inférons que toute activité dont le but est d'obtenir des tiers une contre-prestation *quelconque* (grande ou petite) doit être considérée, au regard de la LCD, comme une activité économique. Un but quasi idéal, tel celui d'une association professionnelle dont l'activité, partiellement rémunérée, profite à ses membres comme aux tiers, ne prive pas cette activité de son caractère économique (« ideale Ziele entwirtschaftlichen nicht ») [171].

[166] Cf. *supra* p. 67.
[167] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 18. Cf. *supra* p. 40.
[168] RO 80 II 165 ss. Cf. *supra* p. 44.
[169] RO 80 II 165 ss. Cf. *supra* p. 44.
[170] RO 75/IV 21 ss, résumé dans JT 1949 IV 127 ss. Cf. *supra* p. 43.
[171] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 18. Cf. *supra* p. 40.

De même un établissement hospitalier, par exemple, qui ferait fabriquer par ses malades des objets pour les mettre en vente dans le public, serait soumis à la LCD pour cette activité, quel que soit le but ou le résultat financier de l'entreprise.

Dès l'instant qu'une personne, dans son activité, s'adresse au public et dès lors en fait un client en exigeant de lui une prestation quelconque, nous avons affaire à une activité économique. Seul échappe à cette notion l'acte purement gratuit, qui sort du champ de la concurrence économique régie par la LCD. Imaginons deux spectacles sportifs organisés pour le même jour, à la même heure, dans une même localité. L'un est gratuit, c'est-à-dire que les acteurs s'y produisent à titre purement altruiste. L'autre impose une prestation au public spectateur sous forme d'achat, à un prix quelconque, d'un billet d'entrée. Supposons enfin que des actes déloyaux soient commis par les organisateurs du second spectacle, afin d'attirer à eux (par dénigrement) les spectateurs éventuels du premier. Quelles que puissent être les conséquences dommageables de tels procédés, les sportifs amateurs qui en sont les victimes ne sauraient prétendre à la protection de la LCD (réserve faite du droit commun). En effet, ils n'exercent point dans le cas particulier une activité économique. Il ne s'agit donc pas là de concurrence déloyale.

Dans l'hypothèse en revanche où les sportifs animant le spectacle gratuit seraient habituellement ou occasionnellement des professionnels au sens du langage courant, une pareille atteinte constituerait un acte de concurrence déloyale, car elle nuirait à leurs « intérêts matériels » dans l'exercice de leur profession.

Rappelons, dans le même sens, l'exemple donné par René von Büren [172], qui souligne nettement la différence fondamentale entre l'activité d'un coureur cycliste professionnel et celle d'un coureur amateur.

En conséquence, toute activité économique, au sens de la LCD, suppose notamment que la condition suivante soit réalisée : le but de cette activité doit être la perception d'une recette quelconque, contrepartie de la prestation fournie.

[172] René von Büren, *Op. cit.*, p. 57. Cf. *supra* p. 37.

Titre IV

CONCLUSION

Voilà terminée notre analyse des conditions nécessaires au caractère économique d'une activité au sens de la LCD. Comme nous l'avons vu dans l'introduction de cette première partie, la LCD restreint son champ d'application au domaine de la « concurrence économique ». Cette expression implique une double condition légale dont nous venons d'étudier le premier élément, le caractère économique d'une activité.

Nous pouvons maintenant affirmer que la notion « économique » de la LCD revêt, non pas le sens que lui attribue le langage commun, mais une signification spéciale, propre au domaine du droit de la concurrence. Cette notion particulière doit se dégager de l'esprit et du but de la loi, telle que l'a conçue le législateur de 1943. La sécurité du droit exige que le domaine des activités économiques soit délimité de façon précise. Toutefois il importe de formuler une définition assez générale et d'assurer ainsi à la LCD une souplesse suffisante afin qu'elle demeure constamment adaptée à la vie des affaires. L'efficacité du système légal en dépend.

Pour clore cette première partie de notre travail, nous allons poser les conclusions auxquelles nous sommes arrivé par l'étude de chacun des éléments analysés et donner notre définition de l'activité économique propre à fonder la protection de la LCD.

Au sens de la LCD, déploie une activité économique (« gewerbliche Tätigkeit ») toute *personne physique ou morale* exerçant, à titre d'*occupation principale ou accessoire,* de manière *permanente, temporaire ou occasionnelle,* une *activité licite* et qui n'est *pas contraire aux mœurs,* à la condition que cette activité soit *apparemment indépendante, destinée et de nature* à nouer des relations d'affaires avec les tiers, *la clientèle,* et à obtenir de cette clientèle, en contrepartie de la prestation fournie, une *valeur quelconque,* mais appréciable en argent.

Deuxième partie

LE RAPPORT DE CONCURRENCE

INTRODUCTION

Le mot « concurrence » vient du latin « concurrere », dont le substantif est « competitio », signifiant qu'un concurrent tend (« petit ») au même but (préfixe « con ») [173].

Littré définit ainsi la concurrence : « Prétention de plusieurs personnes à un même objet. » Larousse la définit comme une « compétition, rivalité d'intérêts ». Un « concurrent », au sens de Littré, est celui qui « prétend à une chose en même temps qu'un autre ». Selon Larousse, c'est « qui se rencontre avec, qui participe à une action commune ».

Il convenait de relever la signification que ces mots « concurrence » et « concurrent » ont dans le langage commun, afin d'examiner si, dans le droit fédéral de la concurrence, ils prennent un sens différent, propre à la vie économique que ce droit régit.

En effet, l'article premier de la loi fédérale sur la concurrence déloyale est conçu en ces termes : « Est réputé *concurrence* déloyale au sens de la présente loi tout abus de la *concurrence* économique résultant... » L'article 2 de la même loi dispose : « *Celui* qui, par un acte de *concurrence* déloyale, est atteint ou menacé... » Nous avons mis en évidence les termes qui nous semblent utiles à la discussion qui va suivre et nous permettront d'éviter une grave confusion que l'on voit trop fréquemment se produire dans la doctrine et la jurisprudence. Il paraît ressortir de l'étude de la LCD qu'un acte de concurrence déloyale n'a pas nécessairement pour auteur une personne concurrente (quelle que soit la nuance dont on puisse assortir ce mot «concurrent»). L'auteur d'un acte tombant sous le coup de la LCD pourrait être un tiers quelconque, qui ne toucherait en rien à la vie économique telle que nous l'avons définie dans la conclusion de la première partie. Preuve en est la

[173] Cf. dans ce sens Baumbach-Hefermehl, *Op. cit.*, p. 2.

litt. *a* de l'article premier, al. 2 LCD [174] qui donne un exemple de concurrence déloyale dans lequel l'auteur de l'acte («celui qui») est une personne quelconque, d'une part, et le lésé («autrui») ne doit pas davantage, semble-t-il, revêtir la qualité de «concurrent», d'autre part. Plus frappant encore est l'exemple cité sous litt. *b* du même article, deuxième membre de phrase. Ici, en fait de concurrence, la loi ne paraît poser qu'une unique condition, à savoir que l'acte « les avantage (c'est-à-dire avantage les *tiers)* par rapport aux concurrents » (de *ces tiers*). Comme nous le savons, cette énumération de l'article premier n'est nullement limitative et rien, à première vue, ne nous empêche d'imaginer une multitude d'exemples analogues.

Les remarques qui précèdent indiquent, à nos yeux, qu'un rapport de concurrence (quel qu'il soit, strict ou large) n'est pas nécessaire entre les deux parties (le demandeur et le défendeur) dans un procès civil fondé sur la LCD. D'ailleurs, l'expression « celui qui » de l'article 2, al. 1 LCD semble confirmer notre opinion que le demandeur n'est pas nécessairement le « concurrent » du défendeur dans le domaine économique. Il s'agit là du champ d'application de la loi et la réponse que nous donnerons à cette question déterminera les qualités active et passive [175] des plaideurs, dans un litige pour concurrence déloyale.

Déjà dans le projet de loi fédérale sur la concurrence illicite de 1934, la disposition générale de l'article premier[176] prévoyait implicitement des cas de concurrence illicite dans lesquels l'atteinte n'est pas nécessairement portée par un concurrent à un concurrent. Ainsi nous trouvons dans le Message du Conseil fédéral de 1934 [177] cette affirmation qui ne laisse aucun doute à ce sujet : « En règle générale, il s'agira *d'actes de concurrent contre concurrent.* Mais des personnes qui ne sont pas des concurrents pourront aussi commettre des actes de concurrence illicite en favorisant telle ou telle entreprise au préjudice de ses concurrents. »

De même on lit dans le Message de 1942 [178] concernant l'actuelle LCD: « La concurrence déloyale au sens de la loi peut être non seulement le fait de concurrents, mais aussi de *personnes tierces* ou d'*associations* agissant en faveur d'entreprises déterminées. Aussi le projet mentionne-t-il à plusieurs

[174] Celui qui « dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, son activité ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes... »

[175] Nous accordons résolument notre préférence à ce terme « qualité » plutôt qu'à celui de « légitimation » ici employé improprement.

[176] Cette disposition générale, dont nous soulignons encore la supériorité substantielle sur l'article premier, al. 1 LCD, était ainsi conçue : « Celui qui, par des actes contraires aux règles de la bonne foi et en vue d'influencer la concurrence, détourne ou cherche à détourner la clientèle d'autrui, porte atteinte à son crédit ou, d'une façon générale, aux bases de sa capacité de concurrence ou les met en danger, répond de ces actes dans les limites de la présente loi. »

[177] Message CF 1934, p. 15.

[178] Message CF 1942, p. 25 à 27.

reprises l'activité de personnes tierces, par exemple, en relevant, comme fait de concurrence déloyale, la réclame fallacieuse faite en faveur d'un autre (lettre *b, in fine*). » Plus loin, à propos de la même litt. *b,* on lit encore : « ... ce qui est conforme au principe général selon lequel la concurrence déloyale peut également procéder de l'acte d'une personne qui n'est pas un concurrent ».

Gardons-nous cependant de tirer hâtivement de ces extraits des conclusions qui feraient de la LCD une « loi sur les procédés déloyaux en affaires », c'est-à-dire un système légal dont le champ d'application déborderait largement les limites de la concurrence proprement dite.

En effet, aussi bien l'intitulé de la loi que son texte mentionnent l'élément de concurrence. De même, comme nous le verrons plus bas, les travaux préparatoires, les comptes rendus des discussions aux Chambres, la doctrine presque unanime et la jurisprudence du TF. Cela nous amène à poser une double question, dont l'étude fera l'objet de cette deuxième partie et que nous formulons comme il suit :

1. La LCD est-elle réellement une loi destinée à ne sanctionner que des actes commis *par un concurrent contre un autre concurrent* ? Dans cette hypothèse, l'exemple de l'article premier, al. 2 litt. *b, in fine,* serait un cas singulier et tout raisonnement par analogie avec d'autres procédés émanant de tiers non concurrents s'en trouverait exclu.
2. Dans la négative, quelle est la portée du terme « concurrence » qui figure dans le titre et le texte de la LCD ?

De la réponse que nous donnerons à ces questions dépendront l'étendue du champ d'application de la LCD et son efficacité dans la protection contre les procédés économiques déloyaux.

Titre I

LE DROIT SUISSE AVANT 1945

Comme on le sait, la concurrence économique a été successivement régie en Suisse par l'article 50 de l'ancien CO de 1881 jusqu'en 1911, par l'article 48 du CO dès 1912 et enfin, depuis 1945, par la LCD.

Bien que ces trois législations diffèrent en leur forme, le passage d'un régime à l'autre n'a pas entraîné de grands changements dans la jurisprudence relative à la concurrence déloyale. Cela s'explique principalement par le fait que, si la loi subséquente a modifié à deux reprises la nature

juridique de la protection contre la concurrence déloyale, en revanche le champ d'application et l'objet en restaient les mêmes.

La question du rapport de concurrence ne s'est jamais posée avec acuité jusqu'à l'entrée en vigueur de la LCD de 1945, car les textes légaux précédemment en vigueur ne formulaient point cette condition, du moins pas de façon absolue. C'est pourquoi la jurisprudence a pu, dans certains cas douteux, appliquer, sans les dénaturer, les dispositions légales relatives à la concurrence déloyale.

Traitons maintenant des deux périodes qui ont marqué l'évolution de notre droit de la concurrence, en étudiant successivement dans chacune d'elles la loi, la jurisprudence et la doctrine.

Chapitre I.

L'ARTICLE 50 DU CODE DES OBLIGATIONS DE 1881 [179]

C'est sur cette disposition, régissant de manière générale les actes illicites, que les tribunaux fondaient la protection contre les actes de concurrence déloyale. Ce texte ne fait nulle part mention de concurrence, par quoi s'explique que nous ne trouvons aucun cas dans lequel l'existence d'un rapport de concurrence ait été considéré par le juge comme déterminant. Notre système de protection était alors en tous points semblable à celui qu'a choisi le législateur français et qui est encore en vigueur à l'heure actuelle.

Certaines espèces tirées de la jurisprudence de cette époque nous intéressent cependant et vont faire l'objet de quelques observations.

Dans un arrêt du 12 décembre 1891 [180], le TF voit un cas de concurrence déloyale entre les titulaires d'une enseigne de restaurant et le nouveau tenancier de cet établissement, bien que les premiers n'exercent plus l'activité de restaurateurs. Le TF se fonde sur le fait qu'ils n'ont pas renoncé à l'exploitation d'un tel établissement et que, aussi longtemps qu'ils en gardent l'intention, leur droit subsiste. Nous voyons là un cas de concurrence déloyale entre personnes qui, en fait, ne sont plus ou pas encore entre elles dans un rapport de concurrence économique, ou qui ne le sont que virtuellement. Le juge n'en a pas moins appliqué la disposition régissant la concurrence déloyale, avec raison, pensons-nous. Ainsi l'*intention* d'entrer en concurrence avec un tiers suffit aux yeux du TF pour réaliser une « concurrence » au regard des règles sur la concurrence déloyale.

L'arrêt du TF du 24 septembre 1898 [181] nous intéresse à plus d'un

[179] Cf. *supra* note 75.
[180] RO 17 710 ss = JT 1892 I 81 ss.
[181] RO 24 II 603 ss.

titre. Il s'agit notamment de l'utilisation illicite d'une enseigne d'hôtel, propre à créer des confusions chez la clientèle. Le défendeur utilise le mot « suisse » dans l'enseigne de son restaurant, tout en exploitant simultanément et dans le même immeuble un hôtel portant son nom, l'« Hôtel Dumont ». Comme ces deux activités sont exercées au même endroit, il est évident qu'elles n'en forment en réalité qu'une seule. Quant à la demanderesse, elle exploite l'« Hôtel Suisse » à proximité immédiate.

Le défendeur nie toute possibilité de concurrence illicite pour les raisons suivantes : « Le mode d'exploitation des deux hôtels diffère essentiellement; en effet, tandis que l'Hôtel Suisse est un grand hôtel, ayant sommeliers galonnés, portier et voiture à la gare, l'établissement exploité par Dumont est essentiellement un café-restaurant; ... » Les demandeurs allèguent que de nombreuses confusions se sont produites. Parlant du voisinage immédiat des deux établissements, le TF l'estime comme « particulièrement propre à favoriser le danger de confusion entre les dits hôtels ». Le tribunal voit donc dans leur position géographique un élément déterminant de la concurrence existant entre les deux parties. Cette opinion nous paraît justifiée, car ne peuvent être concurrents que deux personnes exerçant leur activité au même lieu. Plus elles sont proches l'une de l'autre, plus le rapport de concurrence est évident.

Plus loin, le TF déclare ce qui suit : « Il est évident que la possibilité d'une confusion, et par conséquent l'action à raison d'actes illicites se trouvent exclues, lorsque les industries exploitées sous une dénomination identique ou analogue, ne sont pas *du même genre.* » Ceci appelle quelques remarques. Il convient d'abord d'observer que la presque totalité des cas de concurrence déloyale jugés au début du siècle consistaient en une imitation entraînant une confusion. Les manœuvres déloyales n'avaient pas encore l'incroyable diversité que nous connaissons aujourd'hui. En outre, l'article 50 CO, sur lequel s'appuyait la jurisprudence dans les cas de concurrence déloyale, était appliqué de façon toute générale lorsque l'acte déloyal en réalisait les diverses conditions d'application (dont la faute) et, partant, devenait un acte illicite.

Les considérations qui précèdent expliquent la confusion, purement théorique cependant, que semblait faire le TF entre deux notions bien distinctes, l'une, le rapport de concurrence dans lequel se trouvent les deux parties au litige, l'autre, la possibilité de confusion entre les deux établissements, c'est-à-dire en réalité la cause du dommage, lequel est une condition d'application de l'article 50 CO. En effet, quoique cette distinction n'ait aucune importance pratique dans le cas présent, il importe de préciser qu'un acte de concurrence déloyale n'implique pas nécessairement que ces deux notions se recouvrent. Il est possible en effet de concevoir un acte générateur de

confusion entre deux établissements, alors même qu'ils ne sont pas, contrairement à l'exigence du TF, « du même genre ». Nous pensons ici aux cas de parasitisme commercial, presque inconnu à cette époque sous les formes qu'il peut revêtir de nos jours. Ce problème fera l'objet d'un titre de notre travail. Notons toutefois que le TF paraît poser un rapport de concurrence entre la victime et l'auteur de l'acte comme condition de la recevabilité d'une action en concurrence déloyale.

En outre, nous constatons que la sensible différence de classe entre les deux établissements n'exclut nullement, aux yeux du TF et à l'encontre de la thèse du défendeur, un rapport de concurrence entre les deux parties au litige. Cette différence est cependant déterminante pour évaluer le dommage causé au demandeur. « Il résulte du témoignage de voyageurs descendus par erreur à l'Hôtel Dumont, qu'ils ont découvert cette erreur assez à temps pour qu'elle n'ait entraîné aucun préjudice pour l'Hôtel Suisse... » Nous sommes ici dans un cas où la confusion provoquée par les actes du défendeur ne porte pas une atteinte matérielle directe au demandeur (détournement de clientèle). Il s'agit, au contraire, d'un exemple de confusion dont l'effet est l'affaiblissement de la renommée d'autrui auprès du public.

Nous pensons qu'en l'occurrence les deux maisons ne sont pas réellement concurrentes, car elles ne s'adressent pas au même cercle de clientèle. Mais nous voyons dans le procédé du défendeur toutes les caractéristiques traditionnelles d'un acte dit « de concurrence déloyale ». Remarquons en outre que l'article 50 CO, grâce à sa portée générale, accorde sa protection malgré l'anomalie théorique que nous venons de relever.

Touchons quelques mots d'un arrêt du TF, du 30 mars 1901 [182], où il s'agit d'interpréter une clause d'interdiction de concurrence. Cette espèce donne au TF l'occasion de définir ce qu'il faut entendre par concurrence. Il nous paraît intéressant de citer quelques extraits de cet arrêt : « Il est en effet évident que dans le cours ordinaire des choses une concurrence sensible peut être faite non seulement par le commerce d'articles absolument identiques ou provenant des mêmes fabriques, mais aussi et tout autant par le commerce d'autres produits du même genre qui sont destinés à satisfaire au même genre de besoins. » Il semble que cette identité ou cette similitude des besoins, auxquels répondent les produits de deux maisons commerciales par exemple, constitue la condition essentielle de l'existence d'un rapport de concurrence entre ces deux établissements. Décisifs sont aussi, selon le même arrêt, le rayon d'activité des deux concurrents et le cercle de leur clientèle. Nous avons vu que ces deux éléments ont été déjà pris en considération dans l'arrêt que nous avons discuté plus haut. Cette conception de la concur-

[182] RO 27 II 113 ss = JT 1902 I 14 ss.

rence dans le domaine contractuel peut être, comme nous le constatons, transposée dans le champ de la concurrence déloyale.

L'arrêt du TF, du 14 avril 1905 [183], nous intéresse en ce qu'il définit une forme particulière de concurrence déloyale, l'atteinte au crédit. Il est cependant frappant de constater que le TF n'use pas de l'expression « concurrence déloyale », mais qu'il n'en fait pas moins entrer cette atteinte dans le champ d'application de l'article 50 CO. Or, l'atteinte au crédit est de nos jours un cas typique de concurrence déloyale, tombant sous le coup de la LCD. Dans le présent litige, les deux parties ne sont pas « concurrentes » *stricto sensu*, l'une étant boulanger et l'autre fournisseur dudit boulanger. Le TF voit dans l'acte du défendeur un acte illicite et le range dans le champ d'application d'une disposition qui régit notamment la concurrence. On voit l'avantage que présentait à cet égard l'article 50, en ce sens qu'il éludait le problème du rapport de concurrence et assurait une protection étendue contre les actes déloyaux en général [184].

Dans un arrêt du 10 mars 1911 [185], le TF se trouve devant un cas typique de parasitisme commercial. Il s'agit de l'utilisation illicite de la raison de commerce d'autrui pour désigner un produit. Par cet acte, le défendeur affaiblissait la renommée du demandeur, considérant à tort une partie de cette raison de commerce comme une désignation générique, appartenant donc au domaine public. Le TF a vu là un acte de concurrence déloyale, tombant sous le coup de l'article 50 CO, « quoique le livre d'adresses des défendeurs n'entre probablement pas en concurrence directe avec celui de la demanderesse ».

Il est toutefois intéressant de noter que le TF tient presque instinctivement à ne parler de concurrence déloyale que lorsqu'il existe un rapport de concurrence [186]. Ainsi : « Tre sono, a sensi della giurisprudenza di questo Tribunale, gli estremi che debbono in un caso concreto verificarsi per creare atto di sleale concorrenza : la concorrenza stessa e cioè la circostanza che due aziende esercitano il medesimo ramo di commercio o d'industria, dirigendosi in generale alla medesima clientela... »

En doctrine, Chenevard [187], évoquant la carence de notre législation sur la concurrence déloyale, énumère comme il suit les conditions nécessaires pour qu'un acte de concurrence soit illicite au regard de l'article 50 CO : « 1° l'existence d'un dommage lequel doit être prouvé; 2° le fait que le dommage a été causé illégalement; 3° la nécessité de la faute ou de la négli-

[183] RO 31 II 242 ss = JT 1906 I 2 ss.
[184] Ce système présente donc le même avantage que celui du droit français de la concurrence, fondé sur la disposition générale de l'article 1382 CCF.
[185] RO 37 II 45 ss = JT 1912 I 322 ss.
[186] RO 38 II 560 ss.
[187] Chenevard, *Op. cit.*, p. 45.

gence du prévenu; 4° un rapport de causalité entre l'acte illégal et le dommage; 5° la possibilité d'un acte de concurrence en ce sens que le poursuivant et le défendeur doivent vendre les mêmes produits et que leurs maisons doivent se trouver à une distance l'une de l'autre qui permette d'admettre que la clientèle de l'un ait pu être distraite en faveur de l'autre. » Et l'auteur en conclut : « Il faut donc un tel concours de circonstances que l'on peut dire que le coupable possède le plus souvent un moyen échappatoire pour esquiver une condamnation. »

En conséquence, bien que cette exigence ne présente guère d'importance dans la pratique grâce à la portée générale de l'article 50 CO, nous observons néanmoins que le rapport de concurrence entre les deux parties est, le plus souvent, tenu pour une condition nécessaire à l'introduction d'une action en *concurrence* déloyale, fondée sur ce texte légal [188]. En outre, ce rapport suppose que les deux parties débitent les mêmes produits, ou offrent les mêmes services, et que leurs clientèles se recrutent dans le même public, aux mêmes lieux.

Chapitre II.

L'ARTICLE 48 DU CODE DES OBLIGATIONS DE 1911 [189]

Dans son Message de 1905 [190], le Conseil fédéral se prononçait ainsi sur la nécessité d'une disposition spéciale concernant la concurrence déloyale : « On peut, certes, affirmer que la jurisprudence n'a pas eu besoin, jusqu'ici, d'une disposition de droit privé autre que celle de l'article 50 CO pour protéger efficacement le commerce. » Il expose ensuite la véritable raison d'être de la nouvelle disposition : « Néanmoins, des décisions de tribunaux n'ont pas la même valeur qu'un texte légal, dont l'absence peut encore offrir de graves inconvénients au point de vue international, en ce que l'étranger ne protège contre la concurrence déloyale que sous réserve de réciprocité. »

En outre, devant le Conseil national, lors de la discussion relative à l'introduction du nouveau Code des obligations, le rapporteur français de la commission, M. Rossel, a tenu ces propos qui ne sont nullement équivoques [191] : « On s'est contenté de formuler en quelques lignes, en une seule phrase, des règles qui sont celles que le Tribunal fédéral, en particulier, a adoptées toutes les fois que des questions de concurrence déloyale ont été portées devant son for. »

[188] RO 31 II 242 ss = JT 1906 I 2 ss.
[189] Cf. *supra* note 77.
[190] Message CF 1905, p. 13.
[191] Bull. sten. CN 1909, p. 498.

Les remarques qui précèdent nous montrent que l'article 48 ne répondait pas à une impérieuse nécessité sur le plan national et la suite de cette étude nous montrera combien malheureuse était, à certains égards, la rédaction de ce texte.

Observons avant tout que le texte même de l'article 48 CO ne renferme pas le mot « concurrence ». Le lésé est « celui qui » et le lésant est appelé « l'auteur de ces manœuvres ». Quant à l'acte déloyal, c'est, de manière générale, un « procédé contraire aux règles de la bonne foi ». Cependant, l'expression « concurrence déloyale » figure dans la note marginale de l'article. Or, cette note existe dans la teneur officielle du CO. A-t-elle force de loi au même titre que le texte de la disposition ? Le terme « concurrence » doit-il être pris au sens strict ou, au contraire, peut-on l'interpréter largement ? Voyons ce qu'en a décidé le TF dans son abondante jurisprudence.

§ 1. *La jurisprudence.*

Dans son arrêt du 2 mai 1914 [192], le TF devait connaître d'un exemple typique de concurrence déloyale, à savoir du dénigrement d'une fabrique de chocolats par des négociants détaillants de la même branche. Comme la fabrique s'est mise à faire le commerce de détail de ses propres produits en s'adressant directement aux consommateurs, elle est devenue du même coup concurrente *stricto sensu* de ces détaillants. Nous avons ainsi un cas où deux personnes peuvent, dans certaines activités appartenant à des degrés économiques différents, entrer en rapport de concurrence, en l'espèce dans le domaine de la vente au détail. Il s'agit donc d'une concurrence partielle.

Notons encore que, si le TF a fait application dans le cas particulier des articles 41 et 42, al. 2 CO, c'est seulement en raison de l'extrême difficulté devant laquelle se trouvait la demanderesse de rapporter la preuve d'une diminution de sa clientèle suivant l'exigence de l'article 48. On voit que le défaut essentiel de l'article 48 est apparu tôt dans la pratique des tribunaux.

Dans l'arrêt rendu par le TF le 15 mai 1915 [193], il s'agit du cas d'imitation d'une marque de cigarettes concurrente et de l'aspect des paquets. Le défendeur invoque un argument intéressant, que le TF rejette nettement et sans autre commentaire : « Die Behauptung der Beklagten, sie hätten dem Kläger in Wirklichkeit keine Konkurrenz gemacht, weil sie ihre Zigaretten teurer verkauften und sich damit an ein anderes Publikum wendeten, muss nach der Tatbestandswürdigung der Vorinstanz als unzutreffend gelten. » Cette remarque laisse supposer que, selon le défendeur, l'absence d'un rapport de concurrence excluait une action fondée sur l'article 48 CO. Le

[192] RO 40 II 347 ss = JT 1915 I 82 ss.
[193] RO 41 II 281 ss.

silence du TF nous prive de renseignements sur ce point. Mais ce qui nous intéresse plus particulièrement, c'est la position prise par le défendeur, lequel ne voit une concurrence que dans l'éventualité où, notamment, les prix des marchandises sont semblables. Ainsi le montant des prix pratiqués par deux commerçants jouerait un rôle déterminant pour établir entre eux l'existence d'un rapport de concurrence. Le TF n'a pas admis que ce facteur soit décisif en l'espèce. Pourtant, il nous paraît certain qu'une inégalité notable des prix de vente de marchandises similaires peut, dans certains cas, exclure une véritable concurrence entre deux maisons, attendu qu'elles s'adressent ainsi à des publics différents.

Nous trouvons dans l'arrêt du TF, du 10 septembre 1926 [194], un exemple de rapport de concurrence partielle, c'est-à-dire limitée à une portion seulement de l'activité de l'une ou des deux parties : « La demanderesse, qui exploite les fonderies de Gerlafingen, fabrique, entre autres, des articles en fer forgé, notamment des articles servant à l'installation de lignes électriques à grande distance. La défenderesse, qui exploite à Zürich une fabrique de carrosserie combinée avec des forges, lui fait concurrence dans ce domaine. »

Le TF a précisé son interprétation de l'article 48 CO de manière indiscutable dans un arrêt du 23 décembre 1929 [195] : « Le droit allégué étant supposé existant, on pourrait de prime abord se demander si l'article 48 CO trouve application, car, la demanderesse étant fabricante et les défendeurs commerçants, une concurrence directe n'entre pas en considération. Mais l'art. 48 est conçu en termes si généraux qu'il est légitime d'étendre leur portée aux agissements contraires aux règles de la bonne foi qui, sans constituer une concurrence directe, ont néanmoins pour effet de diminuer la clientèle du demandeur, conséquence que les actes reprochés aux défendeurs sont de nature à entraîner. » Ainsi apparaît pour la première fois la notion d'*agissement* déloyal, ce que Callmann appelle « unfair competition without competition » [196], et ce qui, dans le cas particulier, entre exactement dans la définition de l'*agissement parasitaire* que Saint-Gal a étudiée dans un important article que nous retrouverons plus bas [197]. Nous sommes dans un cas où les intérêts économiques de deux personnes non concurrentes sont en conflit, mais dans lequel le TF retient cependant un acte de concurrence déloyale. Ou bien il faut interpréter largement la note marginale de l'article 48, ou bien elle doit être regardée comme lettre morte. Nous pensons que la première solution est celle du TF, qui semble avoir vu là une

[194] RO 52 II 351 ss = JT 1926 I 578 ss.
[195] RO 55 II 342 ss.
[196] Callmann, *Unfair competition without competition ?* p. 443 ss.
[197] Saint-Gal, *Op. cit.*, p. 37 à 39.

« concurrence indirecte ». Concurrence parce que les produits débités de part et d'autre sont identiques ou similaires, mais indirecte en raison des genres d'activité différents des deux parties.

Dans l'arrêt du 11 novembre 1930 [198], le TF juge un cas de boycott et d'autres procédés déloyaux. Il en discute l'admissibilité d'après les principes de la concurrence déloyale. Il est intéressant de remarquer la prudence du TF qui, tout en faisant application de l'article 48 CO, ne prononce pas le terme de concurrence. En effet, l'une des parties, la défenderesse, est un fabricant et fournisseur de ciment, alors que la demanderesse achète et utilise ce ciment pour en faire différents objets et les vendre. Nous avons en l'espèce des agissements déloyaux dont l'auteur n'est pas le concurrent *stricto sensu* du lésé. Mais il est évident que ces agissements revêtent toutes les caractéristiques d'un acte de concurrence déloyale et ne sauraient être sanctionnés par une autre disposition que l'article 48 CO. C'est ce qu'a décidé le TF : « Cette conduite est contraire aux usages que tout homme juste et droit doit respecter jusque dans la lutte économique. » Il semble bien que ce criterium vague, appliqué pour juger de l'admissibilité des manœuvres du défendeur, soit emprunté à la disposition sur la concurrence déloyale : « En effet, l'attitude de la défenderesse qui, n'exploitant pas elle-même un commerce d'objets en ciment et ne fabriquant pas non plus ces derniers, a circonvenu les clients de la demanderesse, derrière le dos de celle-ci, et les a détournés d'elle — ou l'a tenté — par l'octroi de primes, ne peut plus être considérée comme un procédé commercial correct. »

Remarquons toutefois les avantages de cette ancienne législation, qui permettait d'étendre la protection légale contre des procédés déloyaux en affaires, sans rapport de concurrence *stricto sensu* entre les parties.

Mentionnons une phrase du TF, tirée de l'arrêt rendu le 9 novembre 1932 [199] : « Toute réclame trompeuse et de nature à induire en erreur, de même que, d'une façon générale, toute indication inexacte relative à des rapports d'affaires peuvent, si elles éveillent l'idée d'une offre particulièrement avantageuse, nuire à des concurrents, notamment à ceux de la même branche, en diminuant leur clientèle... » Cet adverbe « notamment » témoigne avec évidence de l'interprétation extensive que le TF fait du terme « concurrent ». Il semble que, par « concurrence déloyale » selon la note marginale de l'article 48 CO, il faille entendre les procédés déloyaux commis dans la lutte économique au sens large.

Dans son arrêt du 27 novembre 1935 [200], le TF prend enfin nettement position dans le problème du rapport de concurrence : « On doit observer,

[198] RO 56 II 431 ss = JT 1931 I 550 ss.
[199] RO 58 II 430 ss = JT 1933 I 297 ss.
[200] RO 61 II 339 ss = JT 1936 I 250 ss.

d'ailleurs, que, malgré son titre marginal, l'art. 48 CO ne vise pas exclusivement des cas de concurrence déloyale *stricto sensu* : les mots de « concurrence » ou de « concurrent » ne figurent pas même dans son texte. » Et plus loin : « Cette disposition a pour but de maintenir, d'une façon toute générale, dans les limites de l'honnêteté la lutte pour la conquête des marchés; c'est la même idée qui a inspiré le projet de loi sur la concurrence illicite (art. 1; cf. FF. 1934 II 542). » Il s'agissait ici de deux entreprises qui avaient pour objet la protection juridique des usagers de la route, mais dont l'une seulement faisait des opérations revêtant le caractère d'assurance. Aucun doute n'est dès lors permis sur la force de loi d'une note marginale. Elle n'est qu'une indication destinée à faciliter la lecture du texte légal correspondant. Ajoutons que cette interprétation large du TF, en matière de concurrence déloyale, découle des nécessités pratiques qui se sont imposées à lui et nous verrons qu'il l'a réaffirmée, avec plus ou moins de nuances, chaque fois qu'une protection légale se révélait indispensable. Cette jurisprudence est le fruit de l'expérience et nous paraît fort judicieuse.

Dans l'arrêt du TF, du 2 mars 1938 [201], il s'agissait d'un litige entre une maison d'édition (la demanderesse), publiant divers journaux, et une entreprise de réclame (la défenderesse), qui fabriquait notamment des portefeuilles à journaux pour cafés et restaurants et tirait ses revenus du produit des annonces. Examinant la possibilité d'application de l'article 48 CO à l'espèce, le TF observe : « Le défendeur est un concurrent de la Société Ringier & Co dans le domaine de l'acquisition des annonces. Il y aurait donc concurrence déloyale si on pouvait relever à la charge du défendeur des actes contraires à la bonne foi... » Il apparaît une fois de plus que, dans cet arrêt, le TF est influencé par la note marginale de l'article 48, soit par l'expression « concurrence déloyale », et qu'il tienne, par-dessus tout, à trouver dans chaque agissement déloyal un rapport de concurrence, si ténu soit-il.

Un arrêt de la Cour de justice civile du canton de Genève [202] observe que l'article 48 CO concerne de manière générale les procédés déloyaux en affaires, mais, poursuit ce tribunal : « Dans la plupart des cas, il s'agira de concurrents de la même branche d'activité économique ou de branches similaires ou à tout le moins de personnes travaillant dans ces branches. »

Le plus suggestif des arrêts rendus pendant cette période est celui du 10 novembre 1942 [203], dont nous avons donné la référence dans la première partie de notre travail.

[201] RO 64 II 109 ss = JT 1938 I 557 ss.
[202] SJ 1941, p. 424 ss.
[203] RO 68 II 237 ss = JT 1943 I 9 ss.

Suivant l'opinion que nous avons déjà émise [204], nous pensons que le propriétaire-bailleur d'un immeuble comprenant des locaux affectés à l'exploitation d'une droguerie exerce bien dans tous ses actes relatifs à la chose louée une activité économique, au sens que donne à ce terme le droit de la concurrence. Mais ce qui nous intéresse maintenant, c'est l'application que le TF a faite de l'article 48, en admettant un rapport de concurrence entre le bailleur et le preneur exploitant la droguerie. Remarquons cependant que, selon la jurisprudence antérieure du TF, aucune concurrence *stricto sensu* n'était nécessaire pour admettre l'application de l'article 48 CO. Le TF a néanmoins tenu à faire du bailleur un pseudo-concurrent du preneur car : « S'agissant d'un commerce exploité dans des locaux pris à bail, la valeur afférente à la clientèle se répartit donc entre le preneur qui exploite l'entreprise et le bailleur qui est propriétaire des locaux. » Par conséquent : « Le bailleur a en ce cas un intérêt personnel, différent de celui du preneur, au maintien de la valeur provenant de la clientèle. » Dans le cas particulier, les intérêts économiques des deux parties ont pour source l'exploitation d'un commerce de droguerie. Ainsi : « Le preneur doit dès lors s'abstenir de tous actes qui constitueraient une concurrence déloyale propre à diminuer cette valeur. »

L'impression dominante qui se dégage de l'étude de la jurisprudence est celle de l'opportunisme des tribunaux, prompts à considérer dans certains cas l'article 48 comme une disposition applicable aux procédés déloyaux en affaires, mais ne manquant jamais, chaque fois que l'occasion s'en présente, de constater l'existence d'une concurrence, justifiant mieux l'application d'une disposition relative à la *concurrence* déloyale.

Nous nous bornons à critiquer le manque de rigueur de cette jurisprudence, tout en relevant les avantages que l'article 48 CO présentait, notamment celui d'étendre la protection légale à nombre d'agissements déloyaux, inadmissibles dans la vie économique.

§ 2. *La doctrine.*

Dans son travail sur la concurrence déloyale, le Vorort de l'Union suisse du Commerce et de l'Industrie écrivait en 1901 [205] : « D'après notre manière de voir, il serait évidemment désirable et profitable à la législation de séparer, d'une façon beaucoup plus précise que ce n'est le cas, les notions de *procédés professionnels déloyaux* et de *concurrence déloyale.* » Mais l'article 48, introduit dans le nouveau code des obligations de 1911, n'a pas

[204] Cf. *supra* p. 57.
[205] Cf. Chenevard, *Op. cit.*, p. 18 ss.

innové à cet égard. La principale raison d'être en a été la nécessité, sur le plan international, d'assurer aux étrangers en Suisse une protection clairement énoncée par la loi, ce qui, grâce au système de la réciprocité, assurait désormais à nos nationaux une protection semblable à l'étranger. Ainsi que le dit le Conseil fédéral [206], cette nouvelle disposition « doit être formulée d'une manière assez vague pour accorder les mêmes avantages, dans la pratique, que l'art. 50 CO ».

Dans une brève étude de l'article 48 CO, Vinassa [207] estime que les sujets de droit susceptibles de tomber dans le champ d'application de la loi sont les personnes « die sich in einem Wettbewerb befinden ». Et il ajoute : « Subjekte dieser Handlungen können bloss wirtschaftlich Tätige sein, sofern ihre Tätigkeit eine gleichartige ist und sie sich gegenseitig in einem wirtschaftlichen Kampfe befinden. » Il explique ensuite le sens de ce terme « gleichartig » : « Es ist klar, dass nur diejenigen Geschäftstreibenden als gleichartig anzusehen sind, die das gemeinsame Ziel durch ähnliche, gleichartige Mittel zu erreichen suchen, die sich in einem gegenseitigen Kampfe um die wirtschaftliche Stellung direkt schädigen können. » Cette interprétation, carrément démolie par des arrêts ultérieurs du TF [208], témoigne de l'ambiguïté de la rédaction de l'article 48. De ces différentes possibilités d'interprétation de la loi, naquirent la confusion et l'insécurité du droit de la concurrence.

S'appuyant sur les termes très généraux dans lesquels l'article 48 est formulé, Morosow [209] relève que « l'auteur de ces manœuvres » peut être un individu quelconque, dont l'acte aboutit au même résultat qu'un acte de concurrence *stricto sensu* est de nature à entraîner. Enfin, pour illustrer son interprétation extensive de la note marginale de l'article 48, l'auteur cite le paradoxe de M. Gautier : « La concurrence déloyale est le plus souvent concurrence, mais ne l'est pas toujours. »

Morosow préconise toutefois une application restrictive de l'article 48, qu'il veut réserver, par une modification de texte, aux cas de concurrence proprement dite. Les rapports juridiques ainsi soustraits à l'article 48 CO pourraient alors tomber sous le coup des articles 28 ss CCS (protection de la personnalité), souvent invoqués concurremment avec l'article 48 CO, celui-ci n'étant qu'un cas particulier de ceux-là.

Egalement restrictive est l'interprétation que propose Bühler, lorsqu'il affirme [210] : « Unlauterer Wettbewerb ist möglich zwischen allen Personen, die ihren Erwerb oder Unterhalt durch Erzeugung und Verkauf

[206] Cf. Chenevard, *Op. cit.*, p. 47.
[207] Vinassa, *Op. cit.*, p. 67/68.
[208] Cf. en particulier notes 195 et 200.
[209] Morosow, *Op. cit.*, p. 25.
[210] Bühler, *Op. cit.*, p. 47/48.

gleichartiger oder verwandter Gegenstände oder durch Darbietung von gleichartigen oder verwandten Leistungen zu gewinnen suchen. » Faisant de cette similarité une condition d'application de la loi, il avance encore ce qui suit : « Ob wirtschaftlicher Wettbewerb vorliegt, kann nur für den einzelnen konkreten Fall beurteilt werden, besonders auch bei nicht gleichartigen, sondern nur verwandten Berufen (z. B. Apotheke und Drogerie), wobei der Richter die örtlichen Verhältnisse und Faktoren und den räumlichen und sachlichen Konkurrenzumkreis der Mitbewerber in Berücksichtigung ziehen muss. » Il faut cependant mentionner le fait que cet ouvrage a été composé avant que le TF prenne une position nette et définitive sur la question du rapport de concurrence [211].

Erna Grimmlinger [212] donne comme il suit son interprétation de l'article 48 CO : « Klageberechtigt wird demnach grundsätzlich nur derjenige sein, der mit dem Beklagten in einem geschäftlichen Wettbewerb steht, d. i. der Konkurrent. » Puis elle rapporte l'interprétation du TF et montre que la jurisprudence de ce tribunal fait de l'article 48 CO une disposition protégeant de manière générale la loyauté en affaires. L'auteur maintient toutefois cette notion de similarité des produits ou des services : « Die Verhältnisse liegen von Fall zu Fall verschieden, doch entspricht es der Billigkeit, dass die Begriffe « ähnlich » und « verwandt » nicht zu eng interpretiert werden, so dass immer dann ein Konkurrenzverhältnis angenommen werden soll, wenn die Waren oder Leistungen solcher Natur sind, dass sie denselben Bedarf decken, bezw. dem gleichen Zweck dienen. » Il faut donc considérer la « wirtschaftliche Funktion » de ces produits ou de ces prestations, pour admettre ou rejeter un rapport de concurrence entre deux personnes. Ajoutons encore que, selon Grimmlinger, une différence de prix entre des produits ou des prestations est sans importance et ne saurait jouer un rôle dans la détermination du rapport de concurrence. Voilà une remarque qui, venant de cet auteur, nous paraît erronée, tant il est vrai qu'un même produit, suivant qu'il revêt un caractère de luxe ou de première nécessité, s'adresse à des clientèles parfois totalement différentes.

Janett Michel [213] nous offre l'étude la plus fouillée de cette question sous l'angle de l'article 48 CO. Après avoir exposé l'évolution de la jurisprudence du TF relative à l'article 48, l'auteur rappelle que, à part les quelques arrêts où le TF a exprimé son avis sur la question du rapport de concurrence, on en compte 120 dans lesquels un véritable rapport de concurrence existait. L'auteur, tout comme Morosow, préfère une interprétation restrictive, contrairement au TF, avec application des

[211] RO 61 II 339 ss = JT 1936 I 250 ss.
[212] Grimmlinger, *Op. cit.*, p. 117 à 119.
[213] Michel, *Op. cit.*, p. 28 ss.

articles 28 ss CCS aux espèces ainsi soustraites à la disposition régissant la *concurrence* déloyale.

Après avoir parcouru une partie de la doctrine, dont les interprétations de l'article 48 CO divergent, l'auteur déclare à propos des opinions de Germann, Morosow, Daeppen, qui nient l'exigence d'un rapport de concurrence : « Vor allem aber scheint es uns etwas kühn zu sein, bei einer Praxis von ungefähr 120 Entscheiden, in denen fast durchwegs ein Wettbewerbsverhältnis vorhanden ist und in denen das Problem nur in einigen wenigen Fällen überhaupt aufgeworfen wird, so ohne weiteres zu sagen, nach der Bundesgerichtspraxis müsse ein Konkurrenzverhältnis nicht gegeben sein. » Cette remarque contient en elle-même l'argument qui la détruit. Dans les 120 arrêts dont l'auteur fait état, la question n'a même pas été soulevée. Par conséquent, on ne saurait inférer une théorie quelconque des considérants développés par le TF. En revanche, chaque fois qu'un rapport de concurrence *stricto sensu* a manqué, le TF a passé outre et néanmoins appliqué l'article 48 CO. Il a ainsi démontré, clairement et de façon constante dès 1929, qu'à son avis un rapport de concurrence n'était pas une condition nécessaire, malgré la note marginale du texte légal.

§ 3. *Conclusion.*

Nous terminerons par les constatations suivantes, touchant la portée de l'article 48 CO.

Alors que la note marginale parle de « concurrence déloyale », sans autre indication, le texte de l'article est rédigé en termes généraux qui, contrairement à ce que pense une partie de la doctrine, ne sont pas l'effet du hasard ! Ces auteurs veulent donner une prépondérance à la note marginale. Nous tenons en revanche cette note pour une simple indication facilitant la recherche d'un article de loi et que la disposition doit préciser et développer. Or le texte de l'article 48 ne souffre à ce sujet aucune interprétation : l'auteur de l'acte est désigné comme « l'auteur de ces manœuvres » et le lésé est simplement « celui qui ». En outre, on s'égare à coup sûr en prenant la note marginale à la lettre, puisque le qualificatif « déloyal » en est sans valeur juridique (nul ne le conteste). Il implique en effet un élément intentionnel que le législateur a précisément voulu bannir du droit de la concurrence.

Il résulte de ces remarques que l'expression « concurrence déloyale », tirée du langage juridique traditionnel et plus généralement connue, figure en marge de l'article 48 comme un simple « poteau indicateur », auquel

il ne faut pas attribuer de force quelconque. Il y a lieu d'admettre, en bonne logique, que l'article 48 s'applique également à la « concurrence déloyale sans concurrence » (« Unfair competition without competition »)[214].

Chapitre III.

L'AVANT-PROJET DE LOI FÉDÉRALE CONTRE LA CONCURRENCE DÉLOYALE, DE 1927

Chargé de continuer les travaux préparatoires déjà entrepris, le professeur Germann élabora et commenta en 1927 un avant-projet de loi fédérale contre la concurrence déloyale. L'article 1 de cet avant-projet est ainsi conçu[215] : « Jeder Wettbewerb entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben ist widerrechtlich. » Suit une énumération d'exemples. L'auteur précise plus loin[216] ce qu'il faut entendre par concurrent : « Als Mitbewerber kann nur gelten, wer den gleichen oder doch einen verwandten Beruf ausübt bezw. mit ähnlichen Waren Handel treibt. » Ainsi la question du rapport de concurrence est clairement résolue. Un rapport de concurrence est nécessaire entre l'auteur de l'acte et la victime. L'article 2 de l'avant-projet confère en effet la qualité active, dans une action fondée sur cette loi, à « jeder Mitbewerber ». Germann a rédigé un texte destiné à embrasser une catégorie déterminée d'actes, ceux qui sont commis par des concurrents contre des concurrents. Il a de la sorte respecté le dicton qu'il cite en français dans son ouvrage préparatoire : « Qui trop embrasse, mal étreint. »

Chapitre IV.

LE PROJET DE LOI FÉDÉRALE SUR LA CONCURRENCE ILLICITE, DE 1934

Le premier mérite de ce projet est d'ordre terminologique. En remplaçant « déloyal » par « illicite », on a mis en harmonie le fond et la forme de la loi, refusant ainsi de céder à la tradition populaire qui préférait l'expression consacrée et plus suggestive « concurrence déloyale ». Or cette épithète est aussi fausse que propre à induire en erreur une personne de formation non juridique, en particulier les principaux intéressés, commerçants, artisans et autres. Aussi lit-on dans le message du Conseil fédéral du

[214] Cf. *supra* note 196.
[215] Germann, *Vorarbeiten*, p. 167.
[216] Germann, *Vorarbeiten*, p. 176.

11 juin 1934 [216 bis] : « Car des actes peuvent être commis de bonne foi, mais être cependant illicites au sens du projet en raison de la matérialité des faits. »

L'article 1 du projet est ainsi libellé : « Celui qui, par des actes contraires à la bonne foi et en vue d'influencer la concurrence, détourne ou cherche à détourner la clientèle d'autrui, porte atteinte à son crédit ou, d'une façon générale, aux bases de sa capacité de concurrence ou les met en danger, répond de ces actes dans les limites de la présente loi. »

Ce membre de phrase « en vue d'influencer la concurrence » présente, à nos yeux, un défaut et une qualité. La locution « en vue de » implique un élément intentionnel troublant. Elle pourrait signifier que l'application de la loi suppose nécessairement un acte de concurrence intentionnel. Or il ne s'agit pas de cela, ainsi que nous venons de le voir. Cette expression signifie que l'acte doit être commis dans l'exercice de l'activité économique et destiné à toucher son but, savoir le succès économique, lequel ne peut être atteint qu'au détriment des concurrents, par opposition, semble-t-il, à tous les autres actes humains dénués de caractère compétitif.

En revanche, si les auteurs du projet de loi parlent de « concurrence », ils n'entendent pas que l'acte soit commis *par un concurrent contre un concurrent,* mais : « Du point de vue de l'auteur de l'acte, il est nécessaire que l'intention porte sur les rapports de concurrence et, du point de vue matériel, que l'acte soit de nature à favoriser une entreprise au préjudice d'un concurrent, qu'il s'agisse de la sienne propre ou de celle d'un tiers [217]. » On voit bien par là qu'un rapport de concurrence entre lésant et lésé n'est pas une condition *sine qua non,* mais que ce rapport peut fort bien exister par exemple entre le lésé et des tiers concurrents de ce dernier. Le champ d'application de la loi est ainsi assez large quoique, contrairement à l'article 48 CO, la victime de l'acte ait l'obligation, aux termes du projet, d'établir une relation de concurrence pour être habile à invoquer la protection légale. Il faut encore remarquer que l'auteur de l'acte est désigné dans le texte du projet par « celui qui » et le lésé par « autrui ». Cette terminologie favorise une interprétation large de la notion de concurrence illicite.

Ainsi les procédés condamnables, qui causent un dommage aux clients, échappent à l'article 1 du projet. De plus, le fait de causer un dommage à quelqu'un ne tombe sous le coup de cette disposition que si l'avantage dont on prive le lésé profite à un concurrent. Il nous semble que ce système n'a guère de portée pratique, car toute atteinte à l'entreprise d'autrui

[216 bis] Message CF 1934, p. 14.
[217] Message CF 1934, p. 15.

entraîne une diminution de sa capacité de concurrence et paraît dès lors de nature à favoriser les concurrents.

Ce projet fut abandonné et l'article 48 CO continua de régir la matière jusqu'à l'adoption du projet de 1942, que nous étudierons ci-dessous.

Titre II

LA LOI FÉDÉRALE SUR LA CONCURRENCE DÉLOYALE DU 30 SEPTEMBRE 1943

Après le rejet du projet de 1934 par les Chambres, l'affaire passa à l'arrière-plan des délibérations parlementaires, la guerre survint et c'est en 1941 seulement que le projet élaboré par l'Office de l'industrie, des arts et métiers et du travail, sur mandat du Département de l'économie publique, fut soumis au professeur Germann qui, dans un rapport à fin 1941, proposa quelques modifications. En 1943, les Chambres acceptèrent ce projet, quelque peu remanié. La loi entra en vigueur le 1er mars 1945, abrogeant et remplaçant l'article 48 CO.

Parmi les différents arguments avancés en faveur de l'introduction d'une loi spéciale sur la concurrence déloyale, l'un nous intéresse plus particulièrement. C'est le champ d'application trop restreint de l'article 48 CO, qui n'embrassait ni l'atteinte au crédit, ni l'atteinte aux autres bases de la capacité de concurrence, ou leur mise en danger. Nous lisons dans le Message du Conseil fédéral [218] : « C'est dire que l'article 48 est d'une portée trop restreinte, ce qui, étant donnée la variété des formes sous lesquelles s'exerce la concurrence, apparaît de plus en plus comme une lacune. »

Après avoir rappelé que la jurisprudence a comblé les lacunes de la loi, le Conseil fédéral justifie ainsi l'adoption de la nouvelle loi [219] : « Le besoin se fait donc sentir de sanctionner, dans une certaine limite, par une loi, les précieuses solutions de la jurisprudence. »

Ce que le législateur tient avant tout à protéger, ce sont *les bases de la capacité de concurrence* d'une personne physique ou morale, quelle qu'elle soit, et non plus seulement sa clientèle, afin d'étendre la portée des règles sur la concurrence déloyale.

En accordant au client une action fondée sur la nouvelle loi, on a fait, dans une certaine mesure, du droit de la concurrence un droit sur les

[218] Message CF 1942, p. 6.
[219] Message CF 1942, p. 7.

procédés déloyaux en affaires. D'où un élargissement de son champ d'application. Mais, d'après le législateur, il faut néanmoins que l'acte incriminé soit un acte de *concurrence* déloyale : « En effet, ces dispositions ne visent les procédés déloyaux en affaires qu'en tant qu'ils rentrent dans la concurrence déloyale [220]. »

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *concurrence* déloyale au sens de la nouvelle loi, d'après les auteurs de ce texte légal.

Tout comme le projet de 1934, la LCD ne vise pas uniquement les actes d'un concurrent contre un concurrent [221] : « La concurrence déloyale au sens de la loi peut être non seulement le fait de concurrents, mais aussi de *personnes tierces* ou d'*associations* agissant en faveur d'entreprises déterminées. Aussi le projet mentionne-t-il à plusieurs reprises l'activité de personnes tierces, par exemple, en relevant, comme fait de concurrence déloyale, la réclame fallacieuse faite en faveur d'un autre (lettre b, *in fine*). » Plus loin, à propos de la litt. b de l'article 1 LCD, le Conseil fédéral s'exprime ainsi [222] : « ... ce qui est conforme au principe général selon lequel la concurrence déloyale peut également procéder de l'acte d'une personne qui n'est pas un concurrent. » Il s'agit, selon les termes mêmes du Message d'une « loi relative à la concurrence ». Au cours des délibérations devant le Conseil des Etats, le député rapporteur Haefelin fit la remarque suivante, au sujet de l'article 1, litt. b du projet [223] : « Mit dem Grundsatze, dass auch Handlungen von Personen, die selbst nicht Mitbewerber sind, unlautern Wettbewerb darstellen können, stimmt es überein, dass gegen Treu und Glauben verstösst, wer in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerbe begünstigt. » Mentionnons encore l'avis de M. Lachenal, rapporteur devant le Conseil national [224] : « La loi doit réserver son action à la concurrence déloyale au sens strict du mot et doit s'abstenir de mesures de politique économique tendant à limiter la libre concurrence. La loi ne doit régir que des faits communs à toutes les branches économiques. Elle ne doit pas contenir de dispositions sur les procédés déloyaux en affaires (Geschäftsgebaren). »

Ainsi, contrairement à l'article 48 CO qui régissait de façon générale les procédés déloyaux en affaires, la nouvelle LCD, bien qu'elle vise également des actes commis par des personnes non concurrentes et qu'elle accorde une action particulière au client lésé (art. 2, al. 2), ainsi qu'aux associations

[220] Message CF 1942, p. 24.
[221] Message CF 1942, p. 25. Nous reproduisons intentionnellement certains extraits du Message déjà citées plus haut, afin de faciliter l'intelligence de l'exposé qui va suivre.
[222] Message CF 1942, p. 27.
[223] Bull. sten. CE 1943, p. 41.
[224] Bull. sten. CN 1943, p. 109.

professionnelles (art. 2, al. 3), semble destinée à régir exclusivement la *concurrence* économique. Il paraît y avoir là une contradiction. Nous verrons cependant que la jurisprudence n'a pas apporté de solution à ce problème du rapport de concurrence. Notre but est donc de déterminer si ce rapport s'impose et, dans l'affirmative, en quoi il consiste et entre quelles personnes il doit exister. A cet effet, il est indispensable de jeter un coup d'œil sur la loi elle-même, afin d'en fixer la destination sociale, c'est-à-dire le rôle que ses auteurs lui ont assigné.

Chapitre I. LE TEXTE DE LA LOI

La loi est intitulée « Loi fédérale sur la concurrence déloyale ». La définition de l'acte de concurrence déloyale figure, partiellement du moins, dans l'article 1. Rappelons-en l'essentiel : « Est réputé concurrence déloyale tout abus de la concurrence économique... » En outre, la note marginale de l'article 1 porte « Définition de la concurrence déloyale ». Ainsi que nous l'avons vu, la note marginale de l'article 48 CO, qui indiquait « concurrence déloyale », n'a pas été considérée comme appartenant à la teneur de cet article. La question est différente dans la LCD, dont le texte même (art. 1, al. 1) renferme le mot « concurrence ». De plus, nous l'avons relevé *supra,* le législateur a voulu en quelque sorte arbitrer la lutte économique que se livrent les concurrents, dont les actes peuvent causer un dommage. Il paraît donc clair qu'il faut limiter l'application de la LCD au domaine de la *concurrence économique.* La protection que la LCD prévoit a pour objet, selon les termes du Message, les « facteurs de la capacité de concurrence ».

Une autre constatation, à laquelle l'étude du texte de loi nous autorise, est que l'acte de concurrence peut être commis par un non-concurrent. L'article 1, al. 2, litt. b *in fine* vise une pareille éventualité et nombre d'autres cas de cette espèce sont concevables, l'énumération de l'alinéa 2 étant purement exemplaire et non limitative.

Ces constatations montrent qu'il importe de distinguer deux questions : d'une part le champ d'application de la loi, lequel est le domaine de la concurrence, d'autre part la qualité passive dans un procès en concurrence déloyale, qualité qui n'exige pas du défendeur le rôle de « concurrent ».

Où et comment ce rapport de concurrence doit-il se manifester ? C'est ce que l'étude du fondement juridique de la loi va nous montrer.

Chapitre II. NATURE JURIDIQUE D'UN ACTE DE CONCURRENCE DÉLOYALE

Le législateur de 1943 a rompu avec l'ancienne théorie de la concurrence déloyale, qui assimilait l'acte à une atteinte à la personnalité économique du lésé. Une phrase du Message de 1942 ne laisse aucun doute à ce sujet [225] : « Tandis que l'article 48 du code des obligations se présente, en grande partie, comme un cas d'application de l'article 28 du code civil (atteinte aux intérêts personnels), la loi nouvelle se rattache à l'article 2 du code civil, qui dispose que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. » Et, ainsi que l'affirme Germann [226] : « Im folgenden wird deshalb hauptsächlich auf Grund dieses neuen Elementes der Begriff des u.W. darzustellen sein : als eines Rechtsmissbrauchs. »

Cette nouvelle théorie permet de réprimer des cas de concurrence déloyale qui ne tombaient pas sous le coup de l'article 48 CO. Ce sont tous les actes qui n'impliquent aucune atteinte à un droit de la personnalité, par exemple la réclame mensongère que fait un commerçant pour ses propres marchandises. En prenant pour élément décisif la nature, les caractéristiques de l'acte visé, et non plus le seul droit lésé, le législateur a nettement augmenté les possibilités d'application du droit de la concurrence.

La LCD a donc pour objet de sanctionner les « abus de la concurrence économique ». Comme nous venons de le dire, cet abus est assimilé à l'abus de droit de l'article 2 CCS, lequel retient pour criterium les « règles de la bonne foi ». Afin de mieux indiquer le lien entre l'article 2 CCS et la LCD, le législateur a expressément disposé que l'abus résulte d'un « procédé contraire aux règles de la bonne foi ». Nous croyons utile de rappeler brièvement en quoi consiste, dans notre droit privé suisse, la théorie de l'abus de droit.

Un intéressant travail de Germann [227] précise cette notion d'abus du droit de la concurrence économique. Selon cet auteur, la liberté de la concurrence forme le corrélatif en droit privé de celle qu'exprime l'article 31 de la Constitution fédérale sur le plan du droit public. Tout abus de cette liberté constitue, d'après la LCD, l'abus d'un droit. En effet, ce droit est soumis à des règles immanentes, limité dans son exercice par les règles de la bonne foi.

L'abus de la concurrence économique est assimilé à l'abus d'un droit : « Dem Missbrauch in der Ausübung eines Rechts ist die missbräuchliche Betätigung der Freiheit gleichgestellt [228]. »

[225] Message CF 1942, p. 11.
[226] Germann, *Concurrence déloyale*, p. 243.
[227] Germann, *Die bona fides*, p. 80 ss.
[228] Germann, *Die bona fides*, p. 80.

Au sujet de cette assimilation d'une liberté générale à un droit, nous citons Josserand [229], qui déclare à propos des diverses libertés : « ... nous allons constater qu'elles ne sont point absolues et que les limites objectives qui leur ont été tracées par le législateur se doublent d'une compression d'ordre fonctionnel et finaliste qui s'oppose à ce qu'elles dégénèrent en licences : pour elles, comme dans les différents droits dans lesquels elles se concrétisent, l'usage licite finit là où commence l'abus, c'est-à-dire avec le détournement de l'institution par rapport à l'esprit dans lequel elle doit régulièrement fonctionner. » Puis, mentionnant la législation suisse sur l'abus de droit, dont il loue la souplesse, il attire l'attention sur le danger qu'elle présente néanmoins : « ... cette sorte de recours général est une arme qui, maniée imprudemment et à tout propos, pourrait être très dangereuse [230]. »

Dans sa thèse consacrée à la théorie de l'abus de droit, Perrochet affirme [231], en accord avec Josserand : « Les droits individuels doivent naître, s'éteindre et être exercés conformément au but général poursuivi par le droit, c'est-à-dire conformément à leur destination sociale et au *droit vrai.* »

Ainsi l'« abus de la concurrence économique » contre lequel une personne peut demander la protection de la LCD est l'abus d'une liberté vague, générale et non définie, mais dont les limites se trouvent, comme pour les droits définis, dans la théorie générale de l'abus de droit.

Afin de déterminer si un acte commis dans l'exercice de cette liberté est conforme ou non à sa destination sociale, à ce que Perrochet, à la suite de Josserand, appelle le « droit vrai », il importe de disposer d'un criterium qui permette de trancher cette question. Le législateur suisse a tracé une limite à l'exercice de tout droit, savoir les règles de la bonne foi. C'est ce qu'exprime l'article 2, al. 1 CCS ainsi conçu : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. » Faute de quoi, il y a un abus. Or, selon l'alinéa 2 du même article, « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

§ 1. *Les règles de la bonne foi.*

Où donc le juge trouvera-t-il le contenu des règles de la bonne foi ? Voilà une question capitale et à laquelle les réponses sont aussi nombreuses que diverses.

[229] Josserand, *Op. cit.*, p. 199.
[230] Josserand, *Op. cit.*, p. 272. Cette citation est inspirée de Rossel et Mentha, *Op. cit.*, tome I, p. 68.
[231] Perrochet, *Op. cit.*, p. 249/250.

Tuor [232] parle des « commandements de la morale, de l'honnêteté et de la loyauté », des « nécessités des affaires », des « mœurs et usages observés dans le commerce », tout cela devant constituer une « ligne de conduite objective ». Plus loin, le même auteur écrit que l'exercice d'un droit est abusif quand il « contredit à des considérations supérieures tirées de la morale, des usages, de l'intérêt général, de la correction en affaires, etc. ».

A la différence du droit allemand, qui contient au § 226 BGB une disposition intitulée « Schikaneverbot » et institue une limite purement subjective à l'exercice des droits, le législateur suisse, grâce à la théorie de l'abus de droit, a tiré des règles de la bonne foi une limite objective, destinée à corriger les effets trop rigoureux et parfois injustes de l'exercice d'un droit. Egger [233] enseigne à ce propos : « Es (la prohibition de l'abus de droit) bringt objektive, in Treu und Glaube begründete Schranken, die den subjektiven Rechten immanent sind, zum Ausdruck. » Il relève aussi, comme Tuor, quelques fondements des règles de la bonne foi : « Darin soll letzten Endes eine Verweisung liegen auf das Naturrecht oder die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 österr. Gb.), oder auf das richtige Recht (Stammler), oder auf die Moral (Ripert), die Idee des Sittlichen (Manigk, Die Idee des Naturrechts, 1926), die Rechtsethik (Eugen Huber) [234]. »

Afin de mieux montrer la diversité des éléments qui composent les règles de la bonne foi, citons Matter [235]. Pour cet auteur, il est inutile de chercher dans la « clause générale » de l'article 1, al. 1 LCD une définition contenant un criterium clair et précis d'admissibilité d'un acte de concurrence. Parlant de cette disposition générale, il y voit : « ... eine *Anweisung* an den Richter, die Schranken des geschäftlichen Wettbewerbs in freien Erwägungen selber zu bestimmen, unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, die ich darzulegen versucht habe, aber auch der Anforderungen an Gerechtigkeit und Moral, der Verkehrssitte und -übung, wirtschaftlicher Zweckmässigkeitserwägungen und menschlich-idealer Ziele, der Natur der Sache, der Praktikabilität, Verständlichkeit und logischen Folgerichtigkeit... »

On conviendra, dans de telles conditions, que cette notion n'est point définie de façon précise et qu'il s'agit bien, selon le mot de Josserand, d'une « arme dangereuse » dans la main d'un juge imprudent. Mais l'extrême diversité des cas dans lesquels un abus de droit peut se commettre exclut, semble-t-il, la possibilité de définir plus rigoureusement le contenu des règles de la bonne foi. Nous n'ajouterons donc pas de commentaire à ces quelques mots que prononçait le rapporteur, M. Lachenal, en 1943,

[232] Tuor, *Op. cit.*, p. 42 et 45.
[233] Egger, *Op. cit.*, p. 73.
[234] Egger, *Op. cit.*, p. 65.
[235] Matter, *Op. cit.*, p. 471.

lors de la discussion au Conseil national sur l'article 1, al. 1 du projet de LCD [236] : « La bonne foi est un critère entré dans les usages. La jurisprudence, la loi et le public savent ce qu'est la bonne foi, ce que sont les infractions à la bonne foi. » Et plus loin cette affirmation aussi gratuite qu'erronée : « ... par contre, la bonne foi est un critère clair et tout à fait stable ». (!)

Il convient de dire quelques mots de la remarquable étude de Germann [237] sur l'application des principes de la bonne foi aux cas de concurrence économique. Contrairement au principe des bonnes mœurs, qui forment un criterium descriptif, les règles de la bonne foi constituent un criterium normatif, dans lequel les mœurs et les usages n'ont qu'une valeur d'indication.

Cet auteur mentionne encore une nouvelle notion, le « Leistungsprinzip », traduit communément par « principe d'action », qui régit, selon la doctrine dominante, l'exercice de la liberté de concurrence. Germann écrit sur ce point [238] : « Dem Wettbewerb ist stets freie Bahn zu gewähren, wenn er von den Konkurrenten nach dem Leistungsprinzip ausgetragen wird. »

En quoi consiste ce « principe d'action » et faut-il lui attribuer la valeur d'un criterium d'admissibilité d'un acte concurrentiel ? C'est ce que nous allons voir.

§ 2. *Le « Leistungsprinzip ».*

Section 1. *Le législateur.*

Nous reproduisons *in extenso* le passage du Message de 1942 dans lequel il est fait mention pour la première fois en Suisse de ce « principe d'action » [239]. « La *libre concurrence* se ramène à un *principe d'action.* Se rend donc coupable de concurrence déloyale celui qui, dans l'activité économique, sans fournir lui-même de prestation équivalente, met en œuvre des moyens destinés ou de nature à entraver autrui dans le libre jeu de la concurrence, ou à l'exclure du champ de la concurrence, ou à assurer à sa propre offre un avantage sur celle d'autrui. » Il n'est pas exagéré de dire, après lecture de cette observation, que ce *principe d'action* paraît être, aux yeux du Conseil fédéral, le criterium décisif d'admissibilité d'un acte de concurrence.

[236] Bull. sten. CN 1943, p. 126.
[237] Germann, *Die bona fides,* p. 80.
[238] Germann, *Die bona fides,* p. 81.
[239] Message CF 1942, p. 25.

Quant aux Chambres, elles ont confirmé clairement, à plusieurs reprises, que toute la protection contre la concurrence déloyale devait être dominée par le « Leistungsprinzip ». Nous n'en citons que quelques exemples. Le rapporteur Niederhauser affirmait devant le Conseil national [240] : « Der Entwurf stellt im Gegensatz zum Entwurf von 1934 den freien Wettbewerb, den Leistungswettbewerb, in den Mittelpunkt des gebührenden Rechtsschutzes, ... » Parlant de la protection civile contre la concurrence déloyale, le conseiller national Gysler déclare de son côté [241] : « In ihrem Zentrum steht der freie Wettbewerb, das Leistungsprinzip und die Bekämpfung des Missbrauchs des freien Wettbewerbes. » Devant le Conseil des Etats, le conseiller Bally fit cette déclaration [242] : « Für den Wettbewerb muss das Leistungsprinzip, auf das auch Herr Iten hingewiesen hat, massgebend sein. » Plus loin, le rapporteur Haefelin déclare [243] : « Dadurch, dass der Entwurf nur den Missbrauch des Rechtes zur freien Konkurrenz als unlautern Wettbewerb kennzeichnet, stellt er sich bewusst auf den Boden des Leistungsprinzipes. »

Ainsi nous sommes obligé de constater que ce Leistungsprinzip a joué un rôle important dans l'esprit du législateur, qui a voulu en faire un principe général dominant tout le droit de la concurrence. Le Parlement y attache certainement le même sens que le Conseil fédéral dans son message (voir plus haut). Encore que ce principe n'ait jamais fait l'objet d'une analyse approfondie, nous devons admettre que la LCD a pour tâche, aux yeux du législateur, de créer et garantir ce qu'il appelle le « Leistungswettbewerb », c'est-à-dire une concurrence économique dans laquelle chaque concurrent peut librement mettre en valeur sa propre Leistung, moyennant qu'il ne porte point préjudice à celle des autres, ni n'utilise cette dernière à ses propres fins. Le système vise finalement au triomphe de la meilleure Leistung.

Quelle portée attribuer à ce principe ? Faut-il l'ériger en un criterium absolu ? Comment le concilier avec les règles de la bonne foi ? Autant de questions restées sans réponse satisfaisante jusqu'ici. Il importe que nous examinions comment la doctrine a compris ce Leistungsprinzip, la valeur qu'elle lui attribue et l'application qu'elle en propose.

Section 2. *La doctrine.*

Il est indispensable, pour étudier ce « principe d'action », de se reporter à ses origines, assez lointaines. La notion du Leistungsprinzip est une

[240] Bull. sténo. CN 1943, p. 114.
[241] Bull. sténo. CN 1943, p. 121.
[242] Bull. sténo. CE 1943, p. 27.
[243] Bull. sténo. CE 1943, p. 35.

création purement germanique et qui fut développée par de célèbres juristes allemands, tels Lobe, Nipperdey, Böhm, pour ne nommer que les principaux. Aussi ne saurait-on saisir le sens de ce principe, adopté par notre législateur et sévèrement attaqué dans la doctrine suisse, sans consulter au préalable les auteurs allemands.

I. *Allemagne.*

Selon Lobe, un acte de concurrence atteint l'exercice d'une activité. Celui qui exerce cette activité dispose de certains éléments, sur lesquels il n'a cependant pas toujours un droit. Ces éléments comprennent notamment, outre le produit, la marchandise elle-même : les moyens matériels d'une entreprise (machines), les moyens descriptifs servant à désigner l'entreprise ou les marchandises, le crédit dont un concurrent jouit auprès des tiers et qui aide à son activité, l'emplacement avantageux d'une maison, facteur dont le rôle est parfois décisif en provoquant l'afflux de la clientèle, etc. Ces éléments n'appartiennent pas nécessairement, d'après Lobe, au patrimoine du concurrent. Au surplus, la concurrence déloyale se manifeste sous deux formes principales. La première consiste à faire usage pour soi et tirer profit des éléments qui constituent la force économique d'autrui, son « Arbeitskraft ». La deuxième se produit lorsqu'un concurrent porte atteinte, d'une manière ou d'une autre (dénigrement par exemple), aux forces économiques d'autrui, dont la capacité de concurrence est ainsi diminuée. Dans ces deux cas, les clients subissent une influence telle que leur décision, leur choix ne sont plus dictés par la véritable valeur des forces économiques en présence, par les Leistungen authentiques de chaque concurrent, mais par d'autres facteurs qui les empêchent de jouer régulièrement leur rôle d'arbitres du marché. Lobe écrit d'ailleurs [244] : « Immer wenn diese Beeinflussung geschieht in andrer Weise als durch die eignen gewerblichen Leistungen selbst wird der Wettbewerb unlauter. » Il cite comme exemple un commerçant qui mettrait un morceau d'or dans quelques-unes seulement de ses marchandises offertes au public [245]. Il s'agirait d'un élément totalement étranger à la Leistung fournie par le commerçant et c'est précisément cet élément qui attirerait la clientèle, beaucoup plus que la marchandise elle-même. Ce procédé fausse la concurrence, car l'activité de ce négociant n'est plus comparable avec celle de ses concurrents, du fait de l'utilisation d'un moyen qui sort de l'exercice normal de cette activité (le « Leistungsvergleich » devient impossible). De surcroît, cette vente prend l'aspect d'une loterie et le client, d'acheteur se mue en joueur.

[244] Lobe, *Op. cit.*, p. 56.
[245] Lobe, *Op. cit.*, p. 57.

Voilà, en résumé, la conception de Lobe qui, le premier, a exprimé et appliqué le Leistungsprinzip à l'exercice de la liberté de concurrence.

Dans un article abondamment cité, Nipperdey discute un arrêt rendu par l'Oberlandsgericht de Düsseldorf, en matière d'avilissement des prix. L'auteur remarque en conclusion [246] : « Der Leistungswettbewerb ist aber, solange es nur unter Ausnutzung der wahren eigenen Leistungsfähigkeit im Kampf um den freien Entschluss des Kunden erfolgt, unbegrenzt zulässig. » L'auteur fait du Leistungsprinzip le véritable criterium d'admissibilité d'un acte de concurrence. Ainsi tout Leistungswettbewerb est autorisé et conforme aux « guten Sitten » sur lesquelles se fonde la loi allemande qui régit la concurrence déloyale. Nipperdey divise les actes de concurrence en deux catégories : 1° Le « Leistungswettbewerb » qui consiste à ne jeter dans la lutte économique que ses propres moyens (« seine eigene Leistung »), pour attirer une clientèle dont le choix est ainsi soustrait à toute autre influence. Fait partie de cette catégorie l'avilissement des prix, procédé admissible sans restriction, même jusqu'à l'anéantissement économique du concurrent. 2° Le « Behinderungswettbewerb », inadmissible et qui consiste, pour un concurrent, à porter atteinte à une autre personne en l'empêchant d'exercer librement son activité et de déployer sa force économique (« Leistungsfähigkeit »). L'auteur de l'acte favorise de la sorte sa propre Leistung. Tel est le cas, selon Nipperdey, de l'avilissement des prix résultant de l'inobservation, par un concurrent, des tarifs de salaires, fixés contractuellement. Toutefois, un tel procédé, utilisé comme moyen de défense, peut être néanmoins permis.

Böhm a fait une étude approfondie du Leistungsprinzip et en a précisé le sens. Il distingue entre « Leistungskampf » et « Nichtleistungskampf » [247]. Le Leistungskampf est la lutte économique dans laquelle le vainqueur est celui qui applique les meilleures méthodes, fait la meilleure offre, agissant ainsi sur la libre volonté du client dont le choix est alors le fruit d'une comparaison objective. L'auteur rappelle la jurisprudence allemande, qui a créé un criterium de distinction entre deux sortes de concurrence : 1° L'« Überflügelungskampf » ou « Parallelkampf » dans lequel chacun déploie ses Leistungen afin de supplanter ses rivaux. Cette concurrence est licite. 2° La « Zweifrontenkampf » dans lequel l'action d'une personne est dirigée directement contre ses concurrents. Cette forme de concurrence est prohibée. Böhm ne reconnaît pas la valeur de cette distinction, car il estime que certains actes de la deuxième catégorie doivent, suivant la nature de leur but, être néanmoins tenus pour des procédés admissibles. En outre il est préférable, d'après l'auteur, d'appliquer un criterium objectif. Böhm

[246] Nipperdey, *Op. cit.*, p. 27.
[247] Böhm, *Op. cit.*, p. 73 ss.

distingue : 1° Le Leistungswettbewerb, concurrence permise, dont la caractéristique principale est qu'elle est conforme au Leistungsprinzip. En vertu de ce principe, l'avantage économique obtenu par un concurrent résulte de ses propres Leistungen (c'est un « Leistungsvorsprung ») et l'acte de concurrence n'affaiblit point la Leistungskraft des autres concurrents. 2° Le Nichtleistungswettbewerb, contraire au Leistungsprinzip.

Le Leistungswettbewerb repose sur le libre déploiement et la mise en valeur sans limite par un concurrent de sa propre Leistungskraft. En quoi consiste cette « force d'action » ? Böhm y fait entrer : a) les capacités physiques et intellectuelles du concurrent; b) l'équipement et les moyens matériels dont il dispose. D'où il résulte, selon Böhm, que le concurrent idéal est celui qui gère avec le plus d'intelligence le plus grand capital !

Le rôle du client dans le Leistungswettbewerb est, on le sait, très important. C'est toutefois le point faible, maintes fois relevé, de la théorie du Leistungswettbewerb, laquelle part de l'hypothèse gratuite que le client choisit nécessairement la Leistung supérieure. Par quoi il stimulerait le progrès technique et l'amélioration de la qualité dans l'économie en général. Böhm pare cette critique en invoquant la loi des grands nombres, qui donne finalement l'avantage sur le marché à la meilleure Leistung.

Le Nichtleistungswettbewerb, concurrence inadmissible, contraire au Leistungsprinzip, se divise en deux catégories : 1° « Beförderung der eigenen Leistungskraft » de la part d'un concurrent, soit la mise en valeur fallacieuse de sa Leistungskraft, par exemple l'attribution à sa propre marchandise de qualités qu'elle n'a point. 2° « Behinderung der Leistungskraft der Mitbewerber », c'est-à-dire l'atteinte portée par une personne à la Leistungskraft d'un concurrent, tel le dénigrement dirigé contre ce concurrent ou ses marchandises.

Il existe cependant des cas de Nichtleistungswettbewerb, tels que l'avilissement des prix, qui doivent, selon Böhm, être admis dans certaines circonstances [248] : « Es ist deshalb daran festzuhalten, dass grundsätzlich an jede Wettbewerbshandlung der Anspruch ihrer Übereinstimmung mit dem Leistungsprinzip gestellt werden muss und dass jede Abkehr von diesem Grundsatz der sorgfältigsten und überzeugendsten Begründung bedarf. »

La faiblesse de toute la théorie de Böhm sur le Leistungsprinzip nous semble résider dans cette « sorgfältigste und überzeugendste Begründung ». Pourtant l'auteur ne se contente pas de ces termes vagues et sans substance. Il propose un remède à ce défaut. La jurisprudence voit dans le *but* un criterium grâce auquel le juge pourrait, dans certains cas, admettre un acte de Nichtleistungswettbewerb. Böhm cite l'opinion de Nipperdey, pour lequel

[248] Böhm, *Op. cit.*, p. 143.

l'auteur d'un acte de Nichtleistungswettbewerb, s'il respecte une certaine « *Mässigungspflicht* » (devoir de modération), ne se rend pas coupable de concurrence déloyale. Parmi les cas dans lesquels il faut, selon l'auteur, tolérer un acte de concurrence contraire au Leistungsprinzip, figure notamment la réduction des prix opérée par un concurrent, afin de mieux surmonter une période de dépression économique, ou pour liquider un excédent de marchandises périssables. Il semble donc que le vieil adage « la fin justifie les moyens » constitue le principe dont Böhm préconise l'application pour permettre ou interdire les actes de Nichtleistungswettbewerb. Nous voilà donc ramené à un criterium subjectif, un « mal nécessaire », et qui diminue la valeur du Leistungsprinzip.

Dans une partie de son récent ouvrage, Fikentscher[249] traite du Leistungsprinzip, auquel il accorde une grande valeur et reconnaît une portée générale. En effet, ne conclut-il pas : « Die Ergebnisse des zweiten Kapitels sind daher, ... dass das *Unwerturteil* über die materielle Wettbewerbsbeschränkung (Marktbeherrschung)[250] und das über den unlauteren Wettbewerb auf dem *gleichen* Grundsatz, nämlich auf einem allgemein gefassten *Leistungsprinzip* beruht. Beide Feststellungen bestätigen, dass es Grundsätze eines allgemeinen Wettbewerbsrechts gibt. »

La théorie de cet auteur nous paraît cependant quelque peu flottante. En effet, après avoir nommé les différents auteurs qui ont pris position en faveur du Leistungsprinzip, Fikentscher est d'avis que certains cas de concurrence contraire au Leistungsprinzip ne constituent pas nécessairement une concurrence déloyale. « Auch solche Wettbewerbshandlungen, die auf keine eigene Leistung, sondern auf Glück oder Zufall zurückzuführen sind, die auf einem spielerischen, unverdienten Einfall beruhen, gehören noch zum Leistungswettbewerb. »

De plus, l'auteur observe qu'il faut prendre en considération les *effets* d'un acte de concurrence sur les concurrents et sur la clientèle. Supposé que les effets d'un procédé de concurrence soient conformes d'une manière générale au progrès économique et au déroulement normal de la vie des affaires, ce procédé doit être tenu pour un acte de Leistungswettbewerb. On voit immédiatement le manque de rigueur et surtout l'extrême difficulté d'application d'un tel principe. L'auteur résume ses observations et formule la définition suivante du Leistungsprinzip, auquel il semble tenir particulièrement : « Das Leistungsprinzip ist gewahrt, wenn die Leistung des Mitbewerbers und die wirtschaftlichen Auswirkungen der von dieser Leistung

[249] Fikentscher, *Op. cit.*, p. 113 à 119.

[250] « Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vom 27. Juli 1957. » Cette loi, qui a principalement trait aux cartels et à la limitation de leur puissance sur le marché, complète à cet égard les dispositions de la loi contre la concurrence déloyale.

getragenen Wettbewerbshandlung auf die übrigen Mitbewerber und die Kunden in einem für die Gesamtheit erträglichen Verhältnis stehen. »

II. *Suisse.*

L'introduction du « principe d'action » dans notre système juridique a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine suisse. Quelques auteurs refusent catégoriquement l'application de ce principe, soit qu'ils le jugent incompréhensible (Grisel), soit qu'ils l'estiment insuffisant et d'une valeur relative (tels Wolf, Sprüngli, Matter, Wagen). D'autres enfin lui attribuent un certain crédit comme principe heuristique, tout en reconnaissant qu'il ne suffit pas à constituer un véritable criterium d'admissibilité des actes de concurrence (Germann, Bruno von Büren).

Le principal reproche que les auteurs font au principe d'action résulte de sa portée restreinte. En effet, la majorité de la doctrine cite des cas de concurrence dans lesquels la réalisation d'un succès économique parfaitement justifié ne dépend point d'une « action » (« Leistung ») de la part d'un concurrent, mais d'un élément totalement étranger à l'exercice de son activité proprement dite. Un exemple qui revient sans cesse sous la plume des auteurs est celui de l'agréable frimousse d'une vendeuse en tant que facteur principal de succès économique pour certains établissements. De même, la proximité d'une gare ou d'une route nouvellement construites concourt souvent de façon décisive au succès de certaines activités économiques, telle l'exploitation de cafés, restaurants, hôtels. Or, ces résultats ne sont certes pas les fruits d'une Leistung de la part du concurrent qui en bénéficie, mais d'un événement auquel il n'a nullement contribué. De tels avantages ne reposent donc pas sur le principe d'action.

Pour Germann, le Leistungsprinzip ne saurait constituer un criterium juridique absolu, mais doit valoir cependant comme principe heuristique [251]. La position de l'auteur à l'égard de ce principe n'a pas varié avec le temps [252]: « Der Grundsatz des Leistungswettbewerbs... soll kein gebrauchsfertiges Rezept sein. Er wird im besten Fall als heuristisches Prinzip, als Richtschnur dienen für die Auslegung der Spezialtatbestände und für die Auffindung ergänzender Entscheidungsnormen im Rahmen der Generalklausel. » Rappelant ce qu'il écrivait en 1936, l'auteur affirme : « Aehnlich versuchte ich seinerzeit den Grundgedanken des Rechtsmissbrauchs als Richtlinie für die Grenze zwischen zulässigem und unzulässigem Wettbewerb zu verwerten... » Voilà défini et considérablement restreint le rôle

[251] Germann, *Concurrence déloyale,* p. 247 ss; Germann, *Zur Generalklausel,* p. 285 ss; Germann, *Zur Rechtsfindung,* p. 63 ss; Germann, *Die bona fides,* p. 80 ss.
[252] Germann, *Concurrence déloyale,* p. 252.
[252 bis] Germann, *Concurrence déloyale,* p. 248.

du Leistungsprinzip. Ce principe est destiné à servir de guide dans la décision du juge, qui doit déterminer dans chaque cas particulier les « règles de la bonne foi ». Germann cite toutefois quelques actes de concurrence auxquels on peut appliquer sans réserve le Leistungsprinzip comme criterium d'admissibilité. Ainsi, la réclame comparative [253], essentiellement conforme à ce principe, doit être admise sans restriction, pour autant que cette publicité soit objective et réponde à la vérité. En effet, le client, arbitre du Leistungswettbewerb, est placé dans la position idéale pour jouer son rôle, savoir le choix de la meilleure Leistung, de l'offre la plus avantageuse. Un autre exemple, le danger de confusion, permet l'application intégrale du Leistungsprinzip [254] : « ... die Verwechslungsgefahr droht den Wettbewerb seinem Sinne nach zu verfälschen, indem der Mitbewerber, der sie hervorruft, daraus Vorteil ziehen kann, dass z. B. die von ihm angebotenen Waren als die seines gut eingeführten Konkurrenten angesehen werden und er damit zu dessen Nachteil, nicht selten auch zum Nachteil der Käufer, entgegen dem Leistungsprinzip Erfolg hat. »

Erna Grimmlinger insiste sur la nécessité d'appliquer le principe du Leistungswettbewerb dans le domaine de la réclame, objet de son étude. Ainsi, dit-elle, il faut que la teneur de la publicité corresponde à la marchandise ou aux services offerts et ne contienne pas d'élément étranger à la Leistung, à l'offre dont il s'agit [255]. Cela signifie que la réclame doit non seulement concorder avec la vérité, mais encore ne saurait être « wettbewerbsfremd », c'est-à-dire avancer des arguments sans rapport avec la Leistung (critique des concurrents, par exemple). L'auteur conclut [256] : « Dem Wettbewerb liegt das Leistungsprinzip zu Grunde, das ist der Grundsatz, dass der Wettbewerb nur mit eigenen Mitteln und Kräften geführt werden, dass also nur die effektive Leistung entscheiden soll. »

Dans sa thèse, Schwarzfischer présente une étude détaillée du système du Leistungswettbewerb [257]. Parmi les différentes activités d'une entreprise quelconque, l'une seulement intéresse directement la clientèle. C'est l'« Absatzleistung ». Il s'agit de la dernière phase de toute activité économique. C'est la Leistung proprement dite, c'est-à-dire l'offre soumise au public et au moyen de laquelle les concurrents se disputent la clientèle. D'ailleurs toutes les autres activités (approvisionnement de l'entreprise, organisation, etc.) y sont subordonnées. Cette Absatzleistung se décompose en trois catégories de Leistungen : la « *Kernleistung* », soit, chez un commerçant par exemple, la marchandise elle-même (sa qualité, sa quantité, son prix, ses

[253] Germann, *Concurrence déloyale*, p. 272.
[254] Germann, *Concurrence déloyale*, p. 276.
[255] Grimmlinger, *Op. cit.*, p. 41.
[256] Grimmlinger, *Op. cit.*, p. 55.
[257] Schwarzfischer, *Op. cit.*, p. 335 ss.

propriétés, etc.) ; les « *Ergänzungsleistungen* », c'est-à-dire tous les avantages accompagnant la marchandise, telles la livraison, les facilités de paiement. Ces deux éléments peuvent jouer un rôle décisif dans le choix du client. Enfin, les « *Sonderleistungen* », soit notamment les cadeaux, les primes, l'octroi au client de parts financières de l'entreprise. Telles sont les Leistungen soumises au choix du client. Toutefois, c'est par l'amélioration de la Kernleistungs que le pur Leistungswettbewerb est réalisé. Si l'amélioration porte sur les deux autres, il y a selon l'auteur « unechter Leistungswettbewerb » En conclusion, Schwarzfischer dénonce certains abus du système de Leistungswettbewerb en montrant que le choix qu'opère la clientèle est faussé par l'apparition, le développement des Ergänzungsleistungen et des Sonderleistungen, au détriment de la Kernleistung, en d'autres termes du progrès, de l'amélioration de la qualité, but du Leistungswettbewerb.

Caminada [258] voit dans le Leistungswettbewerb une forme de concurrence fondamentalement admissible. Il s'agit, selon cet auteur, d'une concurrence où entre seulement en ligne de compte, comme facteur de succès économique, la capacité manuelle ou intellectuelle. Cette concurrence n'existe que pour les professions libérales et artistiques. On constate chez Caminada une interprétation stricte du mot Leistung, ce qui a pour effet d'ôter au Leistungsprinzip sa portée générale.

Troller [259], recherchant le fondement du droit de la concurrence, le trouve dans la « wettbewerbliche Potenz », qui fait entrer une personne dans le champ du droit de la concurrence. Cependant c'est la Leistung qui donne à cette base la solidité et entraîne la protection du droit. Puis Troller observe : « Das ergibt sich aus dem *Leistungsprinzip,* dem richtigerweise im Wettbewerbsrecht das Hauptgewicht zuerkannt wird, das man geradezu als Schutzobjekt anspricht — wogegen einige Bedenken geltend zu machen sind.»

Examinant plus loin le criterium des règles de la bonne foi, l'auteur rappelle qu'il faut concrétiser la notion de bonne foi dans chaque cas particulier. Il remarque de plus [260]: « Diese Konkretisierung ist im Wettbewerbsrecht aus dem Prinzip des Leistungswettbewerbs azbuleiten, das in jedem einzelnen Fall die Regeln für das Verhalten der Konkurrenten gibt. » A la Leistung au sens étroit s'ajoute fréquemment l'influence personnelle de celui qui la fournit ou y contribue. Cette observation permet à l'auteur de conclure en élargissant quelque peu la notion du Leistungsprinzip [261] : « Lauterer Wettbewerb ist Beeinflussung des Kunden zwecks Abschluss von Rechtsgeschäften durch die rechtlich einwandfrei erzeugte Leistung, wobei

[258] Caminada, *Op. cit.,* p. 21/22.
[259] Troller, *Der schw. gewerbliche Rechtsschutz,* p. 115/116.
[260] Troller, *Der schw. gewerbliche Rechtsschutz,* p. 195.
[261] Troller, *Der schw. gewerbliche Rechtsschutz,* p. 196.

die Wirkung der letzteren durch den Einfluss der Persönlichkeit unterstützt werden darf. »

Von Castelberg voit dans la notion de Leistungswettbewerb le seul « Wertmaßstab » selon lequel il faut juger de toute concurrence. Ce Leistungswettbewerb consiste en « die Erbringung, Sicherung und Belohnung der besten wirtschaftlichen Leistung » [262]. La force économique d'un concurrent réside dans : 1° ses qualités personnelles, physiques et intellectuelles; 2° l'ampleur et la qualité de ses ressources matérielles (équipement, main-d'œuvre, etc.). Ces éléments forment la Leistungskraft, base du système du Leistungswettbewerb. Rappelant le rôle du client dans le Leistungswettbewerb, von Castelberg estime, comme la plupart des auteurs, que c'est là le point faible de la théorie. L'auteur cite ensuite des cas de concurrence contraire au Leistungsprinzip, mais qu'il importe d'admettre cependant. Tel est le cas de l'avilissement des prix dans certaines circonstances. Von Castelberg déclare permis tous les actes de Leistungswettbewerb, ainsi que certains actes de Nichtleistungswettbewerb, pourvu que le but de ces derniers soit conforme à l'esprit du droit de la concurrence. L'auteur indique que la valeur de la prestation du client doit au moins égaler celle du concurrent. Enfin il conclut en affirmant que le Leistungsprinzip fixe le contenu des règles de la bonne foi [263].

Weibel explique le sens du mot Leistungswettbewerb [264] : « Das Recht, den Konkurrenten durch eigene, gewinnerzielende Tätigkeit in seinen Gewinnmöglichkeiten zu stören, besteht somit nur insoweit, als die Störung auf *eigener* Leistung beruht. » Abordant le problème du conditionnement, l'auteur observe, en accord avec le Leistungsprinzip : « Niemand darf im Wettbewerb eine fremde Leistung ausnützen. » Tel est le criterium qui détermine, dans le cas particulier, l'existence ou l'inexistence d'un abus.

Meister exprime les mêmes idées que von Castelberg, et insiste sur la possibilité de distinguer objectivement entre Leistungswettbewerb et Nichtleistungswettbewerb [265]. Il cite également l'avilissement des prix comme un cas de Nichtleistungswettbewerb licite. Il propose pourtant un criterium subjectif, le *but* de l'acte, qui permet de déterminer, en considération du but visé, quels sont les actes de Nichtleistungswettbewerb admissibles : « Nicht zu dulden ist jedoch eine Handlung des Nichtleistungswettbewerbes, deren Zweck dem eigentlichen Sinn des Wettbewerbes widerspricht. » Notons que l'auteur préconise l'application générale du Leistungsprinzip, en particulier dans le domaine des primes (« Zugabe ») [266].

[262] von Castelberg, *Op. cit.*, p. 76.
[263] von Castelberg, *Op. cit.*, p. 105.
[264] Weibel, *Op. cit.*, p. 26.
[265] Meister, *Op. cit.*, p. 40.
[266] Meister, *Op. cit.*, p. 88.

Schmid, après avoir rappelé les principales caractéristiques du Leistungswettbewerb, en signale le défaut principal, à savoir l'impossibilité pour la clientèle de choisir dans tous les cas la meilleure Leistung [267]. L'auteur exclut ainsi l'application générale et absolue des principes du Leistungswettbewerb.

Reprenant en partie la théorie de Schwarzfischer, l'auteur distingue, non plus trois, mais deux sortes de Leistungen [268] : 1° L'« Einzelleistung », qui représente, sans l'intervention d'aucun élément extrinsèque, le produit matérialisé d'une activité économique, organisée une fois pour toutes à seule fin d'obtenir ce résultat. La pure Einzelleistung est, par sa nature, comparable à celle des concurrents. Le système du Leistungswettbewerb exige qu'elle le soit. 2° L'« Unternehmensleistung », à savoir la concrétisation de valeurs non comparables à celles des autres concurrents. Ces valeurs, plus durables, survivent aux Einzelleistungen et assurent souvent le succès de ces dernières. L'auteur range dans cette classe la bonne renommée, le crédit, les secrets de fabrication et de commerce, l'emplacement de l'entreprise, etc. Schmid conclut [269], reprenant ainsi la théorie de Lobe, que le Leistungswettbewerb est réalisé du moment où les Einzelleistungen d'une personne sont comparables à celles de ses concurrents, peu importe qu'elles s'avèrent inférieures, égales ou meilleures que celles des autres. En revanche, il y a Nichtleistungswettbewerb, donc concurrence interdite, quand les Einzelleistungen des concurrents ne se comparent pas (l'un d'eux mène la lutte avec des moyens contraires aux règles de la bonne foi) ou encore lorsqu'un concurrent fait valoir de façon abusive ses Unternehmensleistungen, de telle sorte que ses Einzelleistungen l'emportent auprès de la clientèle sur celles de ses concurrents. Or, pour juger si un concurrent déploie ses Unternehmensleistungen de manière admissible, Schmid propose de recourir aux règles de la bonne foi. Malgré cette savante classification des Leistungen, la preuve est ainsi faite de l'insuffisance du Leistungsprinzip comme criterium d'admissibilité de la concurrence.

Wydler [270] rappelle une exigence du Leistungsprinzip, savoir le rapport d'équivalence dans lequel doivent se trouver, d'une part, la Leistung effectuée par un concurrent et, d'autre part, la Gegenleistung du client (le prix payé par l'acquéreur d'une marchandise, par exemple). C'est la « prestation équivalente » (« entsprechende Leistung ») qu'on trouve déjà mentionnée dans le Message de 1942 du Conseil fédéral [271]. Pour l'auteur,

[267] Schmid, *Op. cit.*, p. 18.
[268] Schmid, *Op. cit.*, p. 17.
[269] Schmid, *Op. cit.*, p. 23.
[270] Wydler, *Op. cit.*, p. 8/9.
[271] Message CF 1942, p. 25.

certains cas de vente à perte doivent néanmoins être admis, bien que contraires au Leistungsprinzip. Dans cette éventualité, Wydler propose d'appliquer le criterium du *but* (criterium subjectif), à l'exemple de von Castelberg (voir *supra*). La licéité d'un tel acte suppose que le but visé soit justifié en droit (« gerechtfertigt ») [272].

Sans attribuer au Leistungsprinzip une valeur absolue, Bruno von Büren [273] en retient l'utilité pour le juge, comme principe fondamental du droit de la concurrence. Puis il analyse soigneusement la notion de Leistung, dont il élargit la signification. « Unter Leistung ist die Gesamtheit der in den Wettbewerb geworfenen Anstrengung zu verstehen, nicht nur das Angebot als solches. » Plus loin : « So gesehen gehören zur Leistung neben dem sachlichen Angebot die Tradition eines Wettbewerbers, seine Kapitalkraft, sein Ruf und sein Ansehen, vor allem aber auch die Art seiner Werbung. » Enfin, selon l'auteur, un autre élément appartient aussi à la Leistung d'un concurrent : « Ja es gehört zur Leistung sogar das Glück, welches auch im Wirtschaftsleben mehr als alles andere vermag. » Il semble ainsi que le mot Leistung ne soit guère approprié à une pareille interprétation. Il s'agit d'une notion plus vaste, englobant tous les facteurs propres à jouer un rôle dans le résultat de l'activité économique d'un concurrent.

Parmi les auteurs qui rejettent catégoriquement le Leistungsprinzip, citons en première ligne Grisel [274]. Il ne voit pas ce que signifie cette « prestation équivalente », selon les termes du Message de 1942, ni à quoi elle doit équivaloir. L'auteur conclut : « En définitive, mieux vaut dire que les participants à la vie économique doivent faire valoir leurs prestations par des moyens conformes aux règles de la bonne foi. Et nous voilà ramené, par un détour dont l'utilité nous échappe, à la notion qu'il s'agit de définir. » C'est ce qui permet à l'auteur d'écrire : « Il ne semble pas que le « principe d'action » (Leistungsprinzip) soit d'un grand secours pour le praticien. » Cette opinion et les arguments avancés, certes défendables, paraissent procéder d'une assimilation insuffisante de la théorie germanique du Leistungswettbewerb importée en Suisse.

Matter [275] rejette catégoriquement le criterium tiré du Leistungsprinzip, en relevant que de nombreux succès économiques justifiés sont acquis, non point grâce aux véritables Leistungen des concurrents, mais en raison de facteurs parfois même d'ordre sentimental et dont souvent le client n'a pas conscience. En outre, l'auteur estime qu'il serait contraire au principe de la libre concurrence d'obliger les concurrents à ne lancer dans la lutte

[272] Wydler, *Op. cit.*, p. 10.
[273] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 11/12.
[274] Grisel, *Op. cit.*, p. 168.
[275] Matter, *Op. cit.*, p. 462 à 465.

économique que les Leistungen au sens étroit du mot. Enfin, sur la portée du Leistungsprinzip, il déclare [276] : « Er kann nicht einmal als « heuristisches Prinzip » nützliche Dienste leisten, sondern verdunkelt nur die Einsicht in die entscheidenden Gesichtspunkte. »

Wagen [277] propose tout d'abord de remplacer l'expression fausse de principe d'action par principe d'équivalence, signifiant selon lui la « nécessité d'une équivalence entre l'avantage obtenu ou recherché et la prestation effectuée » [278]. On remarque ici les divergences de vue qui existent au sujet de cette équivalence [279], dont Grisel [280] ignore à quoi elle se rapporte.

Rappelant que ce principe ne saurait constituer un criterium général, l'auteur cite les exemples, maintes fois avancés, dans lesquels le succès économique n'est dû qu'à la chance ou à des événements extérieurs à l'activité envisagée (la physionomie agréable d'une vendeuse, le succès politique d'un commerçant, etc.). L'auteur écrit à propos de ce principe, auquel il reconnaît du reste une valeur éthique indiscutable : « A notre sens, il s'agit également d'une notion qui, tout en permettant de comprendre mieux, dans certains cas, la portée de la LCD, ne mérite pas de servir de critère pour déterminer si un acte tombe sous le coup de la loi. »

Wolf émet une opinion également négative sur l'applicabilité du Leistungsprinzip au domaine de la concurrence déloyale [281]. Son argument réside dans la fragilité du choix opéré par la clientèle entre les différentes Leistungen. Que l'avantage acquis par un concurrent sur le marché résulte de facteurs étrangers à son activité économique, voilà qui est parfaitement légitime mais, selon Wolf, contredit aux exigences du Leistungsprinzip.

Sous le titre « Das Leistungsprinzip als Maßstab für die Verletzung von Treu und Glauben » [282], Sprüngli examine cette notion à la lumière de la doctrine allemande et de la classification des Leistungen d'après Schwarzfischer (cf. plus haut). Il écrit, parmi d'autres critiques : « Zudem ermangelt selbst das Kriterium der Leistung der gewünschten Klarheit und Eindeutigkeit : Die Grenze zwischen Gewandtheit und Verschlagenheit, zwischen Genialität und List, zwischen richtiger und falscher Kalkulation ist oft schwer zu ziehen. » Puis il conclut : « Das Leistungsprinzip ist zu eng, denn nicht jeder Erfolg, der nicht auf Arbeit und Leistung beruht, kann als unlauter bezeichnet werden. »

[276] *Contra* Germann, *Concurrence déloyale*, p. 252.
[277] Wagen, *Op. cit.*, p. 97 à 99.
[278] *Contra* Wydler, *Op. cit.*, p. 8/9.
[279] Cf. *supra* von Castelberg.
[280] Grisel, *Op. cit.*, p. 168.
[281] Wolf, *Op. cit.*, p. 47.
[282] Sprüngli, *Op. cit.*, p. 146 à 149.

Section 3. *La jurisprudence.*

Dans l'un de ses premiers arrêts rendus sous l'empire de la LCD, le 17 septembre 1946 [283], le TF expose que le Leistungsprinzip, appliqué en l'espèce à un cas d'imitation de l'aspect donné à une marchandise, régit l'ensemble de la concurrence économique : « Comme le sens de la libre concurrence, que la loi entend protéger, est dans le principe d'action (Leistungsprinzip), il faut notamment considérer comme coupable de concurrence déloyale, celui qui, dans l'activité économique, sans fournir lui-même des prestations équivalentes, met en œuvre des moyens destinés ou de nature à entraver autrui dans le libre jeu de la concurrence ou à assurer à sa propre offre un avantage sur celle des autres. » On voit ainsi les deux formes de concurrence contraire au Leistungsprinzip : 1° atteinte à la Leistungskraft d'autrui; 2° obtention d'un avantage qui ne résulte pas de sa propre Leistungskraft. Par le passage précité de l'arrêt, il appert que la concurrence est déloyale lorsqu'elle revêt l'une *ou* l'autre de ces formes. A plus forte raison est-elle déloyale lorsqu'elle les revêt simultanément toutes deux. En outre le TF, constatant l'existence d'un danger de confusion entre les articles de la demanderesse et ceux du défendeur, retient une infraction aux règles de la bonne foi objective, du fait que l'aspect de la marchandise de la demanderesse s'était imposé sur le marché. Il en va de la sorte quand le conditionnement d'un produit est lié, dans l'esprit des consommateurs, soit à un certain fabricant, soit à une certaine qualité. Il ne semble pas toutefois que le Leistungsprinzip ait joué un rôle déterminant dans le jugement du TF. Ce principe paraît mentionné simplement parce qu'il s'applique de façon topique au cas d'imitation abusive de l'aspect d'une marchandise, sans pour autant constituer un criterium général d'admissibilité des actes concurrentiels. Cette espèce est, à notre connaissance, la seule dans laquelle le TF ait pris en considération le principe d'action en précisant sa signification.

Le TF semble faire allusion au Leistungsprinzip lorsque, dans un arrêt du 5 mai 1953, il déclare, toujours à propos d'une affaire d'imitation de l'aspect donné à un produit [284] : « Ce n'est qu'à cette condition [285] que l'imitation de l'aspect donné à un produit peut apporter à l'imitateur une

[283] RO 72 II 392 ss = JT 1947 I 273 ss.
[284] RO 79 II 316 ss = JT 1954 I 238 ss.
[285] Il s'agit de la seconde des deux conditions nécessaires à la protection du conditionnement des marchandises, à savoir : 1° aspect non imposé par les exigences techniques de la construction; 2° originalité du conditionnement, faisant naître un rapport entre la marchandise et un certain fabricant ou une certaine qualité. Notons que cette deuxième exigence a été supprimée par le TF, à tort selon nous, dans son arrêt du 26 mars 1957, publié dans RO 83 II 154 ss, traduit et résumé dans JT 1957 I 559 ss.

amélioration de sa situation économique qui apparaît comme objectivement injustifiée et partant obtenue d'une manière déloyale parce qu'elle n'est pas le résultat d'une prestation propre de sa part mais celui de l'exploitation de la bonne renommée commerciale d'un concurrent, de son travail, de ses prestations ou de l'estime dont jouit une certaine marchandise de qualité. »

Comme on le sait, le TF a subordonné la protection du conditionnement à des exigences spéciales. Il suffit que l'une ou l'autre d'entre elles ne soit pas réalisée pour que le TF refuse la protection de la LCD, encore qu'il y ait violation manifeste du Leistungsprinzip. C'est dire la valeur toute relative de ce principe et le peu de cas qu'en fait le TF. Il n'en reste pas moins qu'à chaque occasion favorable, le TF ne manque pas de rappeler cette notion sur laquelle le législateur a insisté [286].

Dans son arrêt du 1er octobre 1957 [287], le TF fait allusion indirectement au Leistungsprinzip, lorsqu'il considère que l'octroi de certains avantages accompagnant une vente est contraire à la bonne foi en affaires : « ... l'offre d'une bicyclette d'enfant gratuite pour l'achat d'un appareil de radio ou d'un article de ménage était de nature à fausser le jugement de l'acheteur... » Cette phrase signifie que ce procédé de vente empêche le client de jouer normalement son rôle d'arbitre du marché, fonction que lui assigne le système du Leistungswettbewerb, et de ce fait rend déloyale une telle concurrence, au sens du droit suisse.

Après l'étude qui précède, nous constatons qu'une partie notable de la doctrine rejette le Leistungsprinzip, comme criterium propre à juger du caractère abusif, ou non, des actes de concurrence, et que la jurisprudence en fait seulement de rares applications. Il vaut toutefois, aux yeux de certains auteurs, à titre de principe heuristique.

§ 3. *Faiblesses du Leistungsprinzip.*

Nous avons vu au paragraphe précédent que l'esprit du droit de la concurrence découle, selon le législateur, le TF et la majorité des auteurs, du Leistungsprinzip, traduit généralement par « principe d'action ». Nous pouvons tirer de l'étude de la doctrine les considérations suivantes.

Le respect et l'application absolus de ce principe servent à réaliser le Leistungswettbewerb ou « concurrence d'action », c'est-à-dire un régime de concurrence économique dans laquelle chaque concurrent jouit de la liberté

[286] Message CF 1942, p. 25; Bull. sten. CN 1943, p. 114, 121. Cf. *supra* p. 97/98.
[287] RO 83 II 458 ss.

de déployer toutes les valeurs économiques dont il dispose, autant que ces moyens proviennent de ses propres efforts, de son travail (Leistung) et ne consistent pas à entraver ses rivaux dans la mise en valeur de leurs moyens concurrentiels. Ainsi tout avantage économique (obtenu d'ailleurs nécessairement aux dépens d'autrui) devrait trouver sa justification dans cette « entsprechende eigene Leistung » que le Conseil fédéral exigeait dans le Message de 1942 et improprement traduite, à notre sens, par « prestation équivalente » [288]. En réalité, c'est « prestation correspondante » qu'il faudrait écrire. La prestation fournie par un commerçant n'équivaut pas forcément à l'avantage économique qui en découle, à savoir le prix payé par le client, mais y *correspond*, comme la contrepartie de ce prix.

En outre, d'après les auteurs allemands, véritables pionniers du droit de la concurrence déloyale et créateurs de la théorie du Leistungsprinzip, cette « Leistung » doit être « vergleichbar », comparable, non pas à la contre-prestation fournie par le client comme le voudrait la doctrine helvétique, mais à celle des concurrents. Cette interprétation semble confirmée par l'exemple de Nichtleistungswettbewerb que donne Lobe et que nous avons exposé à la page 99 (commerçant qui joint un morceau d'or à certaines de ses marchandises, afin d'attirer la clientèle). C'est pourquoi, avec Grisel, nous posons cette question : à quoi, finalement, cette prestation doit-elle équivaloir ? On avouera que, malgré les études consacrées au Leistungswettbewerb et les nombreuses mentions qu'en fait la doctrine de notre pays, cette théorie est assez vague, mal précisée, et que le criterium qui en découle n'est d'aucune utilité pratique en droit suisse.

De plus, selon la théorie du Leistungsprinzip, un acte de concurrence déloyale peut revêtir deux formes essentielles : 1° l'atteinte à la Leistungskraft d'un concurrent, c'est-à-dire l'entrave directe ou indirecte à sa faculté de déployer sa propre Leistung; 2° l'emploi, par un concurrent, de procédés sans rapport de comparaison avec ceux qui sont admis dans la lutte économique et dont usent les autres concurrents. Les procédés de ces deux catégories ne résultent pas d'une Leistung admissible et, partant, sont intolérables. Pour reprendre le fameux exemple cité par Lobe [289], un rameur qui, au cours d'une régate, utiliserait un petit moteur placé sous son bateau à l'insu de ses concurrents, commettrait un acte tombant dans la deuxième espèce de procédés contraires au Leistungsprinzip. Celui qui, avant la régate, aurait scié une rame de son rival aurait utilisé un procédé contraire au Leistungsprinzip et rentrant dans la première catégorie plus haut citée.

Après avoir rappelé les caractéristiques du Leistungsprinzip, nous pouvons poser une question à propos de l'exemple de Lobe : Quelles sont les

[288] Message CF 1942, texte français : p. 25; texte allemand : p. 24.
[289] Lobe, *Op. cit.*, p. 8.

règles qui interdisent l'emploi d'un moteur par des concurrents dans une régate de rameurs ? Sans doute le règlement d'organisation de cette course, auquel sont soumis tous les concurrents. Revenons maintenant sur le terrain de la concurrence économique et posons encore la même question : Quelles sont les règles qui interdisent l'emploi de tel procédé de vente, par exemple ? Ce ne sauraient être, faute d'une disposition légale spéciale, que *les règles de la bonne foi,* conformément à la LCD. Et nous voilà, comme le remarque justement Grisel [290], « ramené, par un détour dont l'utilité nous échappe, à la notion qu'il s'agit de définir ». Cette « notion qu'il s'agit de définir » est celle de l'abus de droit, dont le criterium, les règles de la bonne foi, ne peut être défini une fois pour toutes, mais dépend exclusivement de l'appréciation du juge dans chaque cas particulier.

En outre, comme nous le savons et le reverrons plus bas, certains avantages économiques proviennent, non pas d'une Leistung au sens propre de ce terme, mais d'une ou de plusieurs circonstances qui ne résultent point d'une action ni d'un travail quelconque. On ne saurait nier que des causes purement fortuites peuvent jouer un grand rôle dans la concurrence économique, en favorisant un concurrent. Si un profit ainsi obtenu heurte le Leistungsprinzip, il n'en est pas moins admissible dans la règle. Qu'un restaurateur, par exemple, voie une route se construire devant son établissement et retire désormais de son activité un surcroît de revenus en raison de cette construction à laquelle il n'a nullement participé, voilà qui ne saurait être considéré comme un acte de concurrence déloyale, quoique l'avantage économique ne soit pas le fruit d'une Leistung.

En conséquence, on conviendra que le Leistungsprinzip ne suffit aucunement à déterminer si un acte de concurrence est déloyal ou non. Telle est aussi l'opinion de Fikentscher dont l'avis ne vaut toutefois que pour le droit allemand, où la notion des bonnes mœurs fait règle en lieu et place des principes de la bonne foi [291] : « ... denn die Aufgabe, Recht vom Unrecht im Wettbewerb zu scheiden, fällt nicht dem Leistungsprinzip, sondern dem Gesetz und seinen Bestimmungen über die Sittenwidrigkeit zu. » Attribuant au Leistungsprinzip son véritable rôle, le même auteur remarque: « Aufgabe des Leistungsprinzips ist, jedenfalls nach geltendem Recht, nur die Erklärung, warum die ethischen Maßstäbe der guten Sitten in das Recht des Wettbewerbs überführt werden müssen. »

Vu que le principe d'action est impropre à constituer un criterium unique et *absolu* d'admissibilité d'un acte de concurrence, le juge doit nécessairement recourir à d'autres notions pour élaborer son jugement.

[290] Grisel, *Op. cit.*, p. 168.
[291] Fikentscher, *Op. cit.*, p. 117.

Le Leistungsprinzip ne saurait pas davantage former un principe heuristique, contrairement à ce que pensent certains auteurs, tant qu'il sera compris de la manière que nous avons exposée.

Il importe d'exclure de notre droit la théorie du Leistungsprinzip, source de trouble et d'erreurs.

§ 4. *Nécessité d'un principe plus large.*

Il serait cependant de toute utilité que le juge, privé d'un criterium précis de « déloyauté » dans les litiges issus de la concurrence économique, laquelle ne lui est pas toujours familière, dispose d'un guide qui lui permette de mieux saisir la nature spécifique d'un acte de concurrence en droit suisse. Ensuite seulement et après avoir déterminé si l'espèce à juger relève de la concurrence économique au sens de la LCD, il sera plus apte à dégager et appliquer les règles de la bonne foi. Nous tenons pour indispensable de fixer quels sont les éléments d'une activité économique que le législateur suisse a entendu protéger.

A ce sujet, rappelons la teneur de l'article premier du projet de loi fédérale sur la concurrence illicite, du 11 juin 1934: « Celui qui, par des actes contraires aux règles de la bonne foi et en vue d'influencer la concurrence, détourne ou cherche à détourner la clientèle d'autrui, porte atteinte à son crédit ou, d'une façon générale, *aux bases de sa capacité de concurrence* ou les met en danger, répond de ces actes dans les limites de la présente loi. » Ces bases de la capacité de concurrence comprennent ainsi les facteurs décisifs pour la conquête de la clientèle, c'est-à-dire la réalisation du but de toute activité économique.

Comme nous le verrons plus bas, ces facteurs de succès économique ne sauraient se déterminer strictement ni de façon limitative, car ils ne sont parfois que virtuels, en puissance, telle la chance qui échoit à un concurrent et influe favorablement sur le résultat de son activité économique. Ces bases de la capacité de concurrence n'embrassent pas l'ensemble des ressources économiques qu'un concurrent exploite effectivement, mais comprennent de plus celles, de toutes sortes, qu'il serait éventuellement en mesure de mettre en valeur dans la lutte pour la conquête du marché. Prenons pour exemple le crédit d'un concurrent. Une atteinte portée contrairement à la bonne foi à cet élément de la force économique du lésé tombe sous le coup de la LCD, que ce concurrent exploite réellement, ou non, ce facteur économique de concurrence. Le seul fait que ce concurrent puisse y avoir recours, ce qui est le cas de toute personne exerçant une activité économique, fait du crédit une base de la capacité de concurrence et appartient à ce que nous appellerons le « potentiel économique ».

§ 5. *Notion du potentiel économique.*

Dans son article 2, al. 1, la LCD énumère les éléments d'une activité économique qui bénéficient de la protection légale contre la concurrence déloyale. Ce sont, pour chaque concurrent, « sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général ».

Avant l'entrée en vigueur de la LCD, l'article 48 CO ne protégeait que la « clientèle ». Bien qu'en somme toute atteinte aux « crédit, réputation professionnelle, affaires, intérêts matériels en général » lèse ou menace finalement le concurrent dans sa clientèle, que ce soit directement (dénigrement) ou indirectement (atteinte au crédit), le libellé de l'article 48 est apparu trop étroit. Aussi le législateur de 1943, afin de prévenir toute interprétation restrictive du mot « clientèle », a-t-il défini l'objet de la protection légale en termes généraux, qui renferment tous les éléments économiques d'une activité. Nous entendons par là l'ensemble des facteurs dont dépend la réussite économique d'une entreprise [292] quelconque et qui aboutissent en dernier lieu à la conquête de la clientèle.

Selon Lobe [293], certains éléments qui contribuent au succès d'une activité économique ne sont pas des biens de nature juridique. Il donne pour exemple le vent pour un moulin à vent ! Ces facteurs existent néanmoins et jouent leur rôle dans l'accroissement de la clientèle.

Lobe indique les principaux moyens d'exploitation dont un établissement industriel ou commercial peut disposer. Nous en extrayons les suivants :

1. L'organisation d'une entreprise.
2. Les signes servant à désigner la marchandise.
3. Le crédit dont jouit un concurrent. « Der Kredit ist also zwar ein Genussgut, aber kein Bestandteil des Vermögens. »
4. L'ancienneté d'une maison.
5. L'emplacement d'une maison.

Nous voyons dans cette liste des facteurs de réussite économique dont l'origine ne réside pas forcément dans une Leistung du bénéficiaire.

Les *facteurs de succès économique* revêtent des natures différentes. Nous pensons qu'ils appartiennent nécessairement à l'une ou l'autre des trois catégories ci-après.

1. *Les facteurs personnels.*

Ils sont étroitement liés à la personne de celui ou de ceux qui exploitent l'entreprise économique dont il s'agit. Appartiennent à cette catégorie les

[292] Nous entendons par « entreprise » toute activité humaine, c'est-à-dire tout ce qu'une personne entreprend, en l'occurrence dans le domaine économique tel que nous l'avons précisé dans la première partie.

[293] Lobe, *Op. cit.*, p. 30 ss.

facultés physiques, artistiques, intellectuelles ou morales, considérées comme telles, l'origine, la filiation, l'appartenance religieuse, politique, les relations mondaines de l'exploitant, en bref, tous les facteurs inséparables de la personne qui exerce une activité économique. Il est à peine besoin de rappeler le rôle parfois décisif que joue dans les affaires l'appartenance à un parti politique, de noter l'importance du physique d'une personne dans le commerce ou le domaine artistique, sans oublier toutefois les qualités morales, telle l'honnêteté, lorsqu'elles sont prisées ! Ces facteurs ne résultent pas tous d'une activité, d'une Leistung *stricto sensu*, et souvent même échappent à la volonté du bénéficiaire.

2. *Les facteurs d'exploitation ou proprement économiques.*

Dans cette catégorie se place en tout premier lieu l'offre elle-même, c'est-à-dire la marchandise ou les services, avec leurs propriétés, leur qualité, leur prix. En outre, de nombreux autres éléments offrent de l'importance, tels le conditionnement d'une marchandise, l'aspect des locaux destinés à recevoir la clientèle, les avantages matériels liés à l'offre, les conditions favorables de paiement, la situation géographique de l'entreprise, les marques de fabrique ou de commerce. Tout le matériel à disposition pour l'exercice de l'activité constitue également un facteur de succès (machines, véhicules, installations, etc.). Il en va de même des moyens financiers de l'entreprise, de son crédit, de son organisation rationnelle, grâce auxquels l'offre paraîtra plus avantageuse. En résumé, ce sont tous les éléments matériels qu'une personne peut déployer pour exercer son activité économique. Notons que ces éléments résultent souvent d'une *prestation* (Leistung), d'un travail accompli par celui qui exerce cette activité ou d'efforts qu'il fournit, et concrétisent de la sorte ses capacités professionnelles, physiques ou intellectuelles. Parfois ils découlent aussi de *moyens matériels* ou financiers qui lui échoient d'une manière ou de l'autre, ensuite d'un héritage par exemple. Que ces bases de succès soient réellement exploitées ou non, elles n'en restent pas moins rattachées à l'entreprise comme telle et sont dignes de protection en faveur de celui qui en dispose. Quoiqu'ils ne puissent être qualifiés de proprement matériels, d'autres facteurs encore rentrent dans cette catégorie. Ce sont, pour citer un exemple affectionné par la doctrine et destiné à faire échec au Leistungsprinzip [294], le sourire aimable d'une vendeuse, l'aménité du personnel, de façon générale tous les facteurs liés à la personne même des employés. Il n'est que de voir l'affluence de la clientèle dans un établissement public, dont le personnel se compose d'agréables jeunes filles, pour se convaincre qu'il s'agit là d'un important facteur de réussite économique.

[294] Cf. notamment *supra*, p. 103 et 109.

Or, au même titre que des machines, des véhicules, les qualités personnelles d'un employé sont des moyens dont dispose le concurrent pour exercer son activité. Notons d'ailleurs que souvent le maître de l'établissement a fait un choix judicieux de son personnel. C'est la raison pour laquelle nous estimons, contrairement à la majorité des auteurs, que l'exemple de l'attrayante frimousse de la vendeuse, destiné à mettre le Leistungsprinzip en échec, tombe précisément à faux.

3. *Les facteurs relevant du domaine public ou de la chance* [295].

Force nous est de constater qu'il existe d'autres facteurs qui ne proviennent ni de la personne de celui qui exerce l'activité économique, ni des moyens proprement économiques dont il dispose. Or ces facteurs peuvent jouer un rôle parfois déterminant dans le succès économique d'une entreprise. L'emploi de ces moyens est, en soi, admissible.

Ce sont d'abord tous les éléments du domaine public, dont chacun a la faculté d'user librement, sauf infraction à la loi ou aux règles de la bonne foi. Nous pensons par exemple au droit d'exploiter une invention faite par autrui, du moment qu'elle n'est pas ou n'est plus protégée par un brevet [296], aux routes, propriété de l'Etat, ouvertes à l'usage public et qui permettent les déplacements que nécessite l'exercice d'une activité économique, à l'administration et aux services publics, auxquels toute personne peut avoir recours dans certaines circonstances de la vie économique. Ces éléments sont à la disposition de tous, en vertu du droit public ou privé, et chacun peut, sans être tenu d'aucune contre-prestation, en profiter dans son activité économique.

Précisons toutefois que le recours en Suisse aux services des chemins de fer nationaux ne constitue pas une utilisation du domaine public tel que nous l'envisageons ici, car l'usager fournit grâce à ses moyens matériels (chiffre 2) une contre-prestation directe, à savoir l'achat d'un titre de transport, dont le prix représente la valeur du voyage effectué. Quant aux routes, il s'agit au contraire d'une parcelle du domaine public, dont l'usage est libre et gratuit, et l'on ne saurait regarder les impôts comme des contre-prestations, car ce ne sont que des contributions générales à la couverture des frais de l'Etat. De même l'invention d'une personne non titulaire d'un brevet peut, dans la règle, former un moyen, même essentiel, de l'exploitation d'un concurrent. Ces facteurs du domaine public sont des éléments

[295] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 12. L'auteur est le seul à avoir inséré ce facteur chance à la Leistung telle qu'on doit la comprendre dans la théorie du Leistungswettbewerb.

[296] Le TF a expressément reconnu cet état de choses dans son arrêt publié au RO 53 II 184 ss = JT 1927 I 632 ss.

dont chaque entreprise peut enrichir son potentiel économique et faire une base parfois importante de sa capacité de concurrence.

D'autres facteurs encore, purement fortuits, résultent de circonstances à la réalisation desquelles la volonté et l'activité du bénéficiaire sont totalement étrangères. Il en est ainsi, par exemple, du restaurateur qui voit s'édifier devant son établissement une route à grand trafic et dont les usagers lui apportent un substantiel accroissement de clientèle. N'ayant nullement contribué au choix du tracé de ladite artère, il bénéficie, par un heureux concours de circonstances, d'un avantage économique qu'il n'a point créé.

Relevons en terminant que les droits d'une personne sur les différents éléments de son potentiel économique sont de natures diverses et dépendent étroitement du bien qui en fait l'objet. Ainsi le commerçant est titulaire d'un droit réel sur l'*immeuble* qui lui appartient et abrite son établissement. Mais son droit serait personnel et relatif s'il prenait à bail les locaux de son entreprise. Le droit d'un industriel sur sa *marque de fabrique* [297] a les caractéristiques essentielles d'un droit absolu, exclusif. L'*honneur professionnel* d'un justiciable est au bénéfice de la protection des droits de la personnalité, selon l'article 28 CCS. Le droit de tout employeur aux services de ses employés est de nature contractuelle, donc relative. Remarquons enfin qu'un commerçant ne jouit parfois d'aucun droit privé sur certaines « bases de sa capacité de concurrence ». Nous pensons ici à la *voie publique* qui dessert un établissement (café, restaurant), auquel elle procure un achalandage appréciable.

Tous ces éléments forment, nous l'avons dit, le potentiel économique de celui qui en dispose pour l'exercice de son activité.

§ 6. *Valeur de la notion du potentiel économique.*

Un acte de concurrence économique a immanquablement pour effet d'entraver de façon plus ou moins directe les autres concurrents, en les privant d'avantages (conquête de la clientèle) auxquels ils tendaient par des moyens tirés de leur propre potentiel économique. C'est là une conséquence forcée du système de la libre concurrence. C'est ce que Bruno von Büren exprime par « Schädigung ist wettbewerbseigen » [298].

En revanche, si tous les actes de concurrence loyale ou déloyale ont des caractères communs, tel celui que nous venons de mentionner, les procédés concurrentiels revêtent souvent des natures différentes. C'est pourquoi, par souci de clarté, nombre d'auteurs, étrangers pour la plupart, ont établi

[297] Voir à ce sujet notre observation à la note 365.
[298] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 3.

diverses classifications des actes de concurrence déloyale. Elles ne sont cependant pas satisfaisantes.

L'auteur allemand Böhm [299] distingue, comme nous l'avons vu plus haut, deux formes de concurrence. L'« Überflügelungskampf » ou « Parallelkampf » est, aux yeux de l'auteur, une concurrence en principe admissible, sauf exceptions toutefois. La seconde forme est le «Zweifrontenkampf», que Böhm range parmi les actes déloyaux. Il s'agit là d'une classification sommaire à l'excès et nous pensons au contraire que ces deux sortes de concurrence sont, suivant les circonstances, licites ou abusives.

Heintzeler, juriste allemand [300], distingue les actes de concurrence directs des actes indirects. Il considère que les premiers sont absolument inadmissibles, tandis qu'il faut juger des seconds en appliquant la méthode de la « balance des intérêts » et le criterium des bonnes mœurs. Cette distinction entre actes permis et actes interdits est toutefois trop absolue et ne convient guère au droit suisse. Rappelons seulement à cet égard que la réclame comparative, objective et véridique, est admise en droit suisse et prohibée en Allemagne. Or ce procédé de publicité semble appartenir plutôt à la catégorie des actes directs de concurrence.

Nous trouvons en outre, dans l'article de Saint-Gal [301], un résumé de la classification des actes de concurrence déloyale due à Mermillod (Essai sur la notion de Concurrence Déloyale en France et aux Etats-Unis, 1954). Ce dernier répartit les procédés de concurrence déloyale en deux grandes catégories : Ceux qui tendent à l'affaiblissement ou à la destruction de la position d'un ou plusieurs concurrents sur le marché (le dénigrement, par exemple) et ceux qui visent à la création ou au renforcement, par un concurrent déloyal, de sa propre position sur le marché (notamment la confusion). La classification de cet auteur nous paraît judicieuse, quoique incomplète. Elle est en tout cas conciliable avec l'application de notre notion du potentiel économique, car elle tient compte des deux sortes d'atteintes qui peuvent être portées au droit de libre mise en valeur des « bases de la capacité de concurrence », fondement de notre système juridique de la concurrence économique.

La notion du potentiel économique nous semble former le véritable criterium qui permet de classifier les actes de concurrence économique.

Nous pensons que les actes de concurrence économique revêtent nécessairement l'une ou l'autre des caractéristiques suivantes :

1. Procédé de nature à empêcher un concurrent d'utiliser ou de mettre en valeur les éléments de son potentiel économique et de recueillir ainsi

[299] Böhm, *Op. cit.*, p. 137.
[300] Heintzeler, *Op. cit.*, p. 12 à 14.
[301] Saint-Gal, *Op. cit.*, p. 32.

les avantages qui peuvent en résulter. Pour reprendre l'expression de Böhm, il s'agit là d'un Zweifrontenkampf, c'est-à-dire d'une *concurrence directe.*

2. Acte qui consiste, pour un concurrent, à tirer parti des éléments qui composent son propre potentiel économique. C'est le Parallelkampf de Böhm, *concurrence indirecte.*

Ces deux formes principales de concurrence économique sont, comme on le sait, essentiellement de nature à causer un préjudice à autrui. Elles ne sont cependant *déloyales,* au sens de la LCD, que lorsque les *moyens* auxquels le concurrent a recours sont *contraires aux règles de la bonne foi.*

Nous sommes maintenant en mesure d'établir une classification définitive des actes de *concurrence déloyale.* Nous les divisons en trois catégories. La dernière n'est toutefois que la combinaison des deux premières, mais tend à permettre au juge de reconnaître plus facilement une forme hybride de concurrence, assez fréquente dans la pratique.

1. Procédés contraires aux règles de la bonne foi et qui portent directement atteinte à l'utilisation ou la mise en valeur par un concurrent de son potentiel économique (par exemple le dénigrement, les différentes sortes de confusions, l'atteinte au crédit, la concurrence parasitaire en général).

2. Actes économiques qui consistent, pour un concurrent, à user de son potentiel économique ou à le mettre en valeur d'une façon qui heurte les règles de la bonne foi (notamment les indications inexactes ou fallacieuses sur ses marchandises, l'emploi de titres ou dénominations professionnelles inexacts).

3. Procédés qui revêtent simultanément les caractéristiques des actes définis sous chiffres 1 et 2 (la réclame comparative tendancieuse ou fallacieuse en est l'exemple type).

Si nous prenons successivement les exemples de concurrence déloyale que la LCD énumère dans son article premier, al. 2, litt. *a-h,* nous pouvons ranger chacun de ces cas sous l'une ou l'autre des formes de concurrence énoncées ci-dessus.

Litt. a. Le dénigrement est le cas typique de Zweifrontenkampf, de concurrence directe dans laquelle l'auteur du dénigrement empêche un concurrent de retirer les avantages économiques qu'un examen objectif, par les tiers (fournisseurs, banques, clientèle, etc.), de son potentiel économique pourrait lui procurer. L'acte rentre dans notre première catégorie.

Litt. b. Les indications inexactes ou fallacieuses qu'une personne donne sur elle-même, « ses marchandises, ses œuvres, son activité ou ses affaires », ou sur un tiers, ont pour résultat de mettre faussement en lumière un potentiel économique qui ne saurait dès lors faire l'objet d'une comparaison objective avec celui des concurrents. Il s'agit là d'une concurrence indirecte,

d'un cas de Parallelkampf inadmissible, puisqu'il résulte de procédés propres à induire le public en erreur, soit contraires à la bonne foi objective. Il tombe dans la deuxième catégorie.

Litt. c. Exemple semblable au précédent.

Litt. d. La confusion est le résultat auquel aboutissent des procédés économiques de nature à duper le public. La clientèle n'est donc plus à même de faire un choix ensuite d'une comparaison objective des offres concurrentes. Le potentiel économique de l'un des concurrents, le lésé, renforce, voire remplace complètement celui de l'autre, l'auteur de l'acte. Il s'agit d'un cas de Zweifrontenkampf, soit de concurrence directe (première catégorie), dans laquelle l'auteur de la confusion exploite abusivement un ou plusieurs éléments du potentiel économique d'autrui. En effet, dans cette éventualité, le lésé se voit privé de tout ou partie des profits qu'il serait en droit d'attendre de la mise en valeur de ses propres forces concurrentielles. Ce facteur de succès économique (par exemple le conditionnement caractéristique d'une certaine marchandise) se trouve affaibli de façon contraire aux règles de la bonne foi.

Cet état de fait comprend la *concurrence parasitaire*. Exploiter à ses propres fins la renommée d'autrui n'est pas un acte déloyal en soi, malgré l'inévitable dommage causé à la victime (« Schädigung ist wettbewerbseigen »), mais c'est la nature des moyens employés (infraction aux règles de la bonne foi objective) qui fait du parasitisme commercial ou industriel un acte de concurrence déloyale au sens de la LCD.

Imaginons un exemple qui illustrera notre dernière observation. Voici, établie dans une localité peu importante, une industrie dont la fabrication de chocolats a rendu célèbre le nom du lieu, en particulier à cause de la qualité exceptionnelle des marchandises provenant de cette fabrique. Qu'après de nombreuses années une maison concurrente vienne s'établir en cet endroit et profite par là-même de la renommée attachée au nom de la localité, voilà qui ne constitue point a priori et de ce seul fait une concurrence déloyale. Au surplus, les noms géographiques appartiennent au domaine public et rien, si ce n'est une infraction aux règles de la bonne foi, ne saurait restreindre l'emploi de cette désignation dans la réclame, malgré les confusions qui risqueront de se produire dans le public et le dommage (« wettbewerbseigen ») ainsi porté au premier concurrent. La concurrence parasitaire n'est certes pas nécessairement une forme déloyale de concurrence.

Litt. e. C'est encore un cas de Zweifrontenkampf, car l'acte est dirigé contre un concurrent et l'atteint directement dans un élément important de son potentiel économique, à savoir les services de son personnel, par exemple. Les termes « avantages qui ne devaient pas leur revenir » signi-

fient que l'octroi de ces avantages implique, à la charge du concurrent qui recourt à de tels procédés, une infraction aux règles de la bonne foi.

Litt. f. Exemple semblable au précédent.

Litt. g. Cas de concurrence directe. Affaiblissement du potentiel économique d'autrui. Nous restons dans la première catégorie.

Litt. h. Cet exemple n'a pas sa place dans la liste des actes de concurrence déloyale. Il s'agit d'un procédé qu'on appelle généralement le « dumping social ». Cet état de fait ne correspond point à la définition de la concurrence déloyale que donne la disposition générale de l'article premier, al. 1. En effet, l'admissibilité d'un tel procédé doit se juger, non pas à la lumière des règles ordinaires de la bonne foi, mais des lois spéciales qui régissent les conditions de travail, des règlements en la matière, de contrats le cas échéant, des usages professionnels et locaux. Par conséquent, un tel procédé ne constitue point un abus de la concurrence économique, mais viole la loi, un règlement, des obligations contractuelles ou des usages. Il ne s'agit donc pas d'un acte de concurrence déloyale soumis aux règles de la LCD. Cette erreur législative est révélatrice du manque de rigueur qui a présidé à la rédaction de la LCD.

Le TF admet la réclame comparative moyennant qu'elle soit objective et conforme à la vérité. Il autorise par là un moyen de concurrence qui met en comparaison les valeurs réelles de deux ou plusieurs potentiels économiques. Malgré les effets parfois rigoureux de ce procédé, il est, en soi, parfaitement régulier et conforme à l'esprit du droit de la libre concurrence. Si en revanche la réclame comparative ne remplit pas ces conditions, elle représente un acte de la troisième catégorie.

Conclusion. Après avoir rejeté la théorie du Leistungswettbewerb, selon lequel tout avantage économique doit résulter d'une Leistung *stricto sensu,* nous pensons que la LCD a pour but de maintenir un système de concurrence économique dans lequel *le concurrent* dispose librement de son potentiel économique dans les limites de la bonne foi et où la *clientèle* est à même de faire un choix qui résulte d'une comparaison objective des offres concurrentes.

Chapitre III.
LE RAPPORT DE CONCURRENCE DANS LA DOCTRINE

Etudions dans ce chapitre les opinions de quelques auteurs suisses qui ont pris position sur les problèmes suivants :

1. Un rapport de concurrence est-il nécessaire à l'application de la LCD ?
2. Quels sont les éléments constitutifs d'un rapport de concurrence ?
3. Entre qui doit-il exister ?

§ 1. *Nécessité d'un rapport de concurrence.*

La majorité des auteurs se prononce en faveur de cette exigence. La LCD a pour champ d'application le domaine de la *concurrence* économique, et non des rapports d'affaires en général.

Parmi les auteurs qui soutiennent cette thèse, citons Germann [302] qui s'appuie sur le Message du Conseil fédéral, de 1942 : « Das neue Gesetz beschränkt sich grundsätzlich auf den Schutz gegen unlautern Wettbewerb und überlässt den Kampf gegen das unlautere Geschäftsgebaren den kantonalen Polizeivorschriften (Botschaft 1942 C I 2)... » Ainsi, seul un concurrent (« Mitbewerber ») pourrait avoir la qualité active dans un procès en concurrence déloyale (réserve faite cependant des deux exceptions expressément prévues par la loi dans son article 2, al. 2 et 3).

Grisel, citant également le Message de 1942, écrit [303] : « Le but de la loi fédérale est de protéger contre la *concurrence* déloyale. » Plus loin, il conclut [304] : « A considérer certains arrêts du Tribunal fédéral, la portée de la loi récente est plus étroite que le champ d'application de l'art. 48 CO. En effet, suivant ces décisions, la règle abolie s'appliquait à tous les procédés déloyaux en affaires, tandis que les dispositions actuelles ne visent que les actes de concurrence proprement dits. »

De même Matter [305] : « Zunächst ergibt sich daraus, dass das Gesetz sich auf den *wirtschaftlichen Wettbewerb* bezieht. Damit wird der sachliche Geltungsbereich der Generalklausel umschrieben. Das Gesetz ist nur anwendbar, soweit Massnahmen im geschäftlichen Konkurrenzkampfe in Frage stehen (vgl. darüber BGE 72^2 387; 74^4 110; 75^4 21). »

Quant à von Graffenried [306], il infère de la loi elle-même que la LCD se rapporte exclusivement à la *concurrence* : « Der Begriff des Wettbewerbsverhältnisses ergibt sich aus der Definition des Wettbewerbes. » S'appuyant sur les termes du Message de 1942, il observe [307] que « die dort genannten Handlungen im Zusammenhang mit dem Konkurrenzkampf stehen müssen. » L'auteur conclut plus loin [308] : « Bei Verletzungen nach UWG muss daher grundsätzlich das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses verlangt werden... » Il paraît donc parfaitement erroné de considérer la LCD, au mépris des termes légaux, comme une loi relative aux procédés déloyaux en affaires.

[302] Germann, *Concurrence déloyale*, p. 328.
[303] Grisel, *Op. cit.*, p. 165.
[304] Grisel, *Op. cit.*, p. 181.
[305] Matter, *Op. cit.*, p. 453.
[306] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 25.
[307] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 27.
[308] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 30.

Bruno von Büren affirme de son côté [309] : « Das Wettbewerbsrecht schützt gegen Verletzungen, die sich, « als Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs » charakterisieren. Die Verletzung hat also Wettbewerbshandlung zu sein. »

On peut dire que, sans exception, les auteurs, en citant le législateur (Message, Bull. sten. du Conseil des Etats et du Conseil national) s'accordent à reconnaître le domaine de la *concurrence,* et seulement celui-ci, comme le champ d'application de la LCD.

§ 2. *Eléments constitutifs d'un rapport de concurrence.*

Germann [310] observe qu'un rapport de concurrence à l'état pur (« Ein reines Wettbewerbsverhältnis ») est extrêmement rare, c'est-à-dire le rapport dans lequel se trouvent deux personnes dont les offres concordent dans tous leurs éléments, qualité, possibilités d'utilisation, conditions d'espace ou de temps, prix et d'autres encore. La plupart des cas d'espèce constituent ce que l'auteur appelle une « ungleichartige Konkurrenz ». Cette sorte de concurrence ne saurait échapper au domaine de la LCD. Une interprétation absolument stricte du terme « concurrence » ne se justifierait point.

Plus loin Germann, après avoir rappelé que l'application de la LCD ne suppose pas la similitude des marchandises ou prestations offertes de part et d'autre, donne quelques exemples de cette large notion de concurrence, où il faut admettre qu'un rapport de concurrence existe [311] : entre un médecin et un guérisseur; une entreprise de transports automobiles et une compagnie d'aviation; un fabricant et un commerçant, lorsque le premier possède également une organisation de vente.

Grisel définit ainsi ce qu'il faut entendre par concurrence [312] : « D'une façon générale, deux personnes sont concurrentes lorsqu'elles visent au même but et qu'une seule peut l'atteindre. Pour s'en tenir aux personnes qui offrent leurs produits ou leurs services au public contre une rémunération (commerçants, industriels, personnes exerçant une profession libérale), elles n'entrent en concurrence que si elles recrutent leur clientèle dans le même milieu et si leur activité satisfait des besoins identiques. » Les deux éléments constitutifs sont donc, d'après cet auteur : 1° le même cercle de clientèle; 2° la satisfaction d'un même besoin auprès de cette clientèle.

René von Büren [313] regarde comme concurrentes deux ou plusieurs personnes physiques ou morales, non seulement qui exercent la même

[309] Bruno von Büren, *Kommentar,* p. 21.
[310] Germann, *Concurrence déloyale,* p. 251.
[311] Germann, *Concurrence déloyale,* p. 328.
[312] Grisel, *Op. cit.,* p. 165.
[313] René von Büren, *Op. cit.,* p. 58.

activité économique et traitent le même genre d'affaires, mais dont les entreprises sont de nature à rivaliser l'une avec l'autre en une concurrence directe ou indirecte. Bien que cet avis ne soit pas des plus précis, il propose, semble-t-il, une interprétation assez large.

Gousenberg soulève un autre aspect de la concurrence [314] : « Les concurrents (cf. Pouillet, Germann) sont ceux qui appartiennent à la même catégorie commerciale. Nous ajouterons qu'il peut y avoir une concurrence occasionnelle entre des personnes dont les activités sont par ailleurs différentes... » Plus loin, l'auteur donne quelques exemples de concurrence [315] : « Il y a concurrence entre la presse et la radio; entre autocars et tramways; car les succès économiques de l'un ont un effet direct sur la situation économique de l'autre. » Autant que nous en pouvons juger, ce dernier membre de phrase forme le criterium dont l'auteur use pour déterminer l'existence d'un rapport de concurrence. Autre exemple : « Il n'y a pas concurrence entre un commerçant et un groupement de consommateurs. »

Rosselet écrit [316] : « Toute concurrence implique une compétition, une rivalité commerciale entre personnes agissant sur un même plan et dans un même ordre économique. » Par « plan », l'auteur entend vraisemblablement le même degré, le même échelon économique, ce qui exclurait une concurrence entre fabricant et commerçant. Par « ordre », il faut probablement comprendre la même nature d'activité économique.

Ayant affirmé la nécessité d'un rapport de concurrence, von Graffenried [317] remarque de manière générale : « Es müssen sich mindestens zwei Personen mit gleichartigen Leistungen um das gleiche Ziel bewerben oder, wie sich Germann ausgedrückt hat, kann als Mitbewerber nur gelten, wer den gleichen oder doch einen verwandten Beruf ausübt, zum Beispiel mit ähnlichen Waren Handel treibt. » Dans la suite cependant, l'auteur élargit singulièrement ce rapport de concurrence et, s'appuyant sur la jurisprudence récente, remarque [317 bis] : « Hingegen braucht das Wettbewerbsverhältnis kein direktes zu sein, sondern es genügt, dass die Konkurrenzsphären in einem Zusammenhang stehen, was von der neuesten Rechtsprechung bestätigt wird. » Cette opinion est tirée d'un jugement du Tribunal de commerce de Zurich [318], confirmé par un arrêt du TF du 4 juin 1949. Le tribunal zurichois a discuté le problème du rapport de concurrence. Il constate et rappelle qu'un acte de concurrence déloyale peut être, au regard

[314] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 44.
[315] Gousenberg, *Op. cit.*, p. 47.
[316] Rosselet dans *Gazette de Lausanne* du 14 février 1945, résumé dans JT 1945 I 182 ss.
[317] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 25/26.
[317 bis] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 30.
[318] Bl ZR 1950, n° 33, p. 59 ss.

de la LCD, le fait d'une personne non concurrente, preuve en soit l'article premier, al. 2, litt. *b* de cette loi. En l'espèce, le rapport de concurrence entre les parties ne paraît faire aucun doute, ce qui n'empêche pas le tribunal d'étendre la notion du rapport de concurrence. En effet, après avoir constaté que « Die Kreise ihrer gewerblichen Betätigung im Lebensmittel-Detailhandel schneiden sich », le tribunal observe, à propos des actes contraires à la bonne foi : « Die sogenannten Spezialtatbestände fallen also nur unter das Wettbewerbsgesetz, wenn die genannten Handlungen im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Konkurrenzkampf stehen... » On est bien loin du rapport de concurrence *stricto sensu* (activités, marchandises identiques).

Ces considérants amènent von Graffenried à conclure que [318 bis] : « Ein wirtschaftliches Interesse im gleichen Gebiet genügt daher. » Ainsi, sans supprimer cette concurrence, il l'assouplit notablement.

Selon Schmid [319] : « Ein bewusstes gegenseitiges Kräftemessen und -vergleichen ist eine Grundvoraussetzung des Wettbewerbs. » La loi n'exige pas que les prestations concurrentes soient identiques ou semblables, il suffit qu'elles soient comparables. Ainsi, des compagnies de chemins de fer, d'autocars, d'aviation sont en concurrence, car : « Ein Wettbewerbsverhältnis erfordert somit nur Gleichheit des Ziels und eine Mehrzahl von Bewerbern, die ihre Tätigkeit auf dasselbe ausrichten. »

Bruno von Büren estime que seul un criterium purement pratique peut déterminer de cas en cas l'existence d'un rapport de concurrence [320] : « Wettbewerb ist gegeben, wenn zwei oder mehrere Leistungen geeignet sind, sich im Kampf um den Kunden zu stören. » Deux éléments sont déterminants à cet égard. 1° Satisfaction de besoins identiques ou similaires au moyen des marchandises ou services offerts; 2° Même cercle de clientèle. Cette clientèle est une valeur hypothétique et comprend toutes les personnes qui pourraient accepter l'une ou l'autre offre. Les facteurs propres à faire varier l'étendue du cercle de clientèle sont, parmi d'autres, la qualité, le prix. En effet, de grands écarts de prix ont parfois pour conséquence que les offres s'adressent à des clientèles différentes. Mais ce cas est rare. Plus influent et souvent décisif est le facteur géographique. Deux négociants, qui débitent leurs marchandises dans des régions très éloignées l'une de l'autre, n'entreront généralement pas en concurrence malgré l'identité des offres, parce que leurs clientèles ne seront point les mêmes. Pour peu en revanche que les cercles de leurs clientèles se recouvrent partiellement, ces deux commerçants seront concurrents.

[318 bis] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 31.
[319] Schmid, *Op. cit.*, p. 3.
[320] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 19/20.

Un rapport de concurrence, toujours selon Bruno von Büren, n'implique pas nécessairement que les deux concurrents exercent leur activité sur le même échelon économique. Il suffit que tous deux axent leur activité sur la conquête du dernier acheteur au moyen de la même offre. Ainsi, sont concurrents le fabricant, le grossiste et le détaillant. Ce phénomène est dû à ce que l'auteur appelle la « dynamique propre à la concurrence. »

Arquint définit le champ d'application de la LCD en ces termes [321] : « Analog zum MSchG beschränkt sich der Schutzbereich des UWG zwar nicht auf gleichartige Waren, aber auf die gleiche Branche, indem sinngemäss das Vorliegen eines eigentlichen Wettbewerbsverhältnisses vorausgesetzt wird. » Plus loin, il parle d'une « verwandte Branche », par quoi il élargit quelque peu la notion de concurrence. Faisant allusion au facteur géographique du rapport de concurrence dans la LCD, l'auteur relève la nécessité d'une « territoriale Überschneidung der gegenseitigen Geschäftsbereiche ». Ainsi sont réaffirmés les deux éléments constitutifs de la concurrence, l'élément matériel et l'élément géographique.

§ 3. *Entre quelles personnes ce rapport de concurrence doit-il exister ?*

Nous avons vu que la loi sortit ses effets seulement dans les cas de concurrence, c'est-à-dire dans lesquels il existe un rapport de concurrence et où ce rapport est altéré, faussé par un acte dit de *concurrence* déloyale. Quelles sont les personnes qui doivent revêtir ce caractère de *concurrentes* dans un procès fondé sur la LCD ? Une fois cette question résolue, nous pourrons déterminer qui a la qualité active ou passive dans un litige de concurrence déloyale au sens de la LCD. La doctrine enseigne à ce propos ce qui suit.

Germann étudie d'une manière détaillée [322] l'« Aktivlegitimation », qu'en français nous traduisons par qualité active. Outre les clients et les associations professionnelles dans les cas expressément réglés par la loi (art. 2, al. 2 et 3 LCD), *seul* un *concurrent* (« Mitbewerber ») lésé ou menacé dans ses intérêts matériels peut avoir cette qualité. Ainsi, « ... ist jeder berechtigt, die genannten Ansprüche geltend zu machen, der überhaupt als Mitbewerber in Frage kommen könnte (v. BGE 58 II 430 ff, auch 59 II 21, 63 II 423, 67 II 57 ». Cependant l'auteur ne donne pour le moment aucune indication sur les personnes entre lesquelles ce rapport de concurrence doit exister. Or, un « Mitbewerber » n'est pas nécessairement le concurrent de l'auteur de l'acte. Nous savons que l'article premier, al. 2, litt. *b*

[321] Arquint, *Op. cit.*, p. 59.
[322] Germann, *Concurrence déloyale*, p. 327/328.

in fine prévoit un cas particulier de cette sorte et qui semble justifier une extension de la notion du rapport de concurrence. Germann l'expose d'ailleurs dans la suite de son ouvrage. Quant à la qualité passive, l'auteur écrit, en faisant allusion au cas de concurrence prévu à l'article premier, al. 2, litt. *b in fine* LCD [323] : « Das neue Gesetz lässt keinen Zweifel darüber, dass danach für u.W. nicht bloss Konkurrenten verantwortlich sind, sondern auch Drittpersonen, die sich in den Wettbewerb einmischen. » En conséquence [323 bis] : « Die Passivlegitimation kann also hier ebenfalls nicht durch den Nachweis verneint werden, es bestünde zwischen dem Beklagten und dem Kläger kein Wettbewerbsverhältnis. » Voilà clairement démontré que n'importe quel justiciable peut commettre un acte de concurrence déloyale, soit contre une autre personne avec laquelle il est en rapport de concurrence, soit par immixtion dans un rapport de concurrence auquel il est étranger. Nous passons intentionnellement sous silence les commentaires de Germann sur les dispositions applicables à la responsabilité de l'employeur (art. 3 LCD et les dispositions du CO en la matière) [324].

Grisel exprime clairement la même thèse [325] : « Il suffit de préciser ici qu'un lien de concurrence doit unir le bénéficiaire et la victime de cet acte. » Et plus loin [326] : « Mais cet acte a toujours une victime au moins, laquelle possède une double qualité. C'est d'abord un concurrent d'une personne que ledit acte peut avantager;... » En résumé, retenons de cette opinion le fait que le rapport de concurrence doit exister entre la *victime* et le *bénéficiaire* de l'acte.

D'autres auteurs font sur la même question des observations analogues. Tel est le cas de René von Büren [327], Wagen [328], Germann [329] encore, Bruno von Büren [330], Weibel [331], Arquint [332].

Janett Michel [333] montre l'évolution du droit suisse, qui aboutit à la reconnaissance d'une « concurrence sans concurrence ». L'auteur justifie ainsi cette « Schönheitsfehler » de la LCD : « Zur Verteidigung dieser Einbeziehung von Nichtmitbewerbern unter das Wettbewerbsgesetz könnte man sagen, dass solche Drittpersonen von dem Momente an, da sie sich in den Wettbewerb einmischen, zu *Mitbewerbern* in fremdem Interesse (wenig-

[323] Germann, *Concurrence déloyale*, p. 334.
[323 bis] Germann, *Concurrence déloyale*, p. 336.
[324] Cf. à ce sujet Germann, *Concurrence déloyale*, p. 336 à 338.
[325] Grisel, *Op. cit.*, p. 165.
[326] Grisel, *Op. cit.*, p. 172.
[327] René von Büren, *Op. cit.*, p. 58.
[328] Wagen, *Op. cit.*, p. 101.
[329] Germann, *Die bona fides*, p. 84.
[330] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 184.
[331] Weibel, *Op. cit.*, p. 64.
[332] Arquint, *Op. cit.*, p. 58.
[333] Michel, *Op. cit.*, p. 35.

stens im Aussenverhältnis !) werden, so dass ihr Verhalten, wenn die Voraussetzungen der Generalklausel erfüllt sind, zum unlauteren *Wettbewerb* wird. » Cette explication doit, aux yeux de l'auteur, sauvegarder la logique de la loi.

Disons encore quelques mots de l'étude de von Graffenried sur ce problème. Il écrit [334] : « Täter und Bevorteilter müssen nicht notwendigerweise dieselbe Person sein, wie sich schon aus Art. 1 II litt. *b* und *g* UWG ergibt. » Touchant celui qu'un acte de concurrence déloyale avantage (cf. litt. *b in fine)*, l'auteur observe que ce doit être un concurrent (« Mitbewerber ») du lésé. Faute de quoi on ne saurait plus parler de concurrence. Il n'est toutefois pas nécessaire, d'après von Graffenried que l'acte favorise un concurrent déterminé.

Quant au point de savoir si un rapport de concurrence entre la victime demanderesse et le défendeur, qui ne tire pas lui-même profit de son acte, est nécessaire, von Graffenried estime que le législateur a partiellement supprimé cette condition lors de l'élaboration de la LCD. Selon l'auteur, l'exigence d'un rapport de concurrence est bel et bien maintenue, exception faite des cas prévus aux litt. *b* et *g* de l'article premier, al. 2 LCD. Nous tenons cette thèse pour erronée, car on conçoit mal qu'une énumération exemplaire, destinée à illustrer la disposition générale de l'article premier, al. 1, comprenne des exceptions exclusives de tous autres cas du même genre. Le système de la LCD s'oppose à une telle interprétation.

Sans donner encore notre propre opinion sur ces trois aspects de la question du rapport de concurrence, nous pouvons d'ores et déjà constater le trouble que jettent dans l'esprit des auteurs ces « exceptions », c'est-à-dire les cas dans lesquels il y a concurrence sans concurrence. C'est faire fausse route, à notre sens, que reconnaître de pareilles exceptions. Il faut au contraire trouver *un* principe général qui domine *toute* la matière de la concurrence déloyale et embrasse dès lors tous les cas particuliers. Il importe que la doctrine et, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, la jurisprudence fixent de façon claire et définitive le champ d'application de la loi à cet égard.

[334] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 26.

Chapitre IV.
LE RAPPORT DE CONCURRENCE DANS LA JURISPRUDENCE

Dans les nombreux arrêts que le TF a rendus en matière de concurrence déloyale, certains nous intéressent plus particulièrement, que nous allons maintenant étudier et critiquer.

Dans son arrêt du 22 octobre 1946 [335], le TF constate que le procédé de la défenderesse n'est pas contraire à la bonne foi. Puis il ajoute que ce n'est pas l'idée de concurrence qui a guidé l'attitude de la défenderesse, « puisque aussi bien il n'y a pratiquement pas concurrence entre les deux maisons : Mauler fabrique et vend des vins mousseux, Godet ne vend sous ses propres étiquettes que des vins blancs et rouges, à l'exception des vins mousseux. » Le même procédé, selon le TF, serait plus délicat à apprécier dans le cas où la défenderesse produirait elle-même des vins mousseux.

Il s'agit, comme on le voit, d'un cas de confusion entre deux étiquettes de vins, espèce qui tombe sous le coup de l'article premier, al. 2, litt. *d* LCD. Le TF paraît exiger un rapport de concurrence entre l'auteur de l'acte et le lésé, tout au moins en matière de confusion. Il faut donc que le premier soit nécessairement le concurrent *stricto sensu* du second. Dans le cas particulier, l'élément constitutif du rapport de concurrence devait résider dans la similitude des produits offerts sur le marché. Ainsi l'application de la LCD semble exclue dans l'éventualité d'une confusion entre deux maisons qui produisent des marchandises différentes, malgré le tort qu'un tel acte peut causer [336]. En conséquence, il y aurait lieu d'interpréter l'article premier, al. 2, litt. *d* LCD en ce sens que l'application en serait limitée à la confusion entre les *produits,* les *marchandises* ou les *prestations* seulement. En outre, il conviendrait de remplacer, dans ce texte légal, « autrui » par « concurrent ». Cette notion étroite de la confusion prête à la critique, à notre avis, attendu qu'elle empêche la loi, dans certains cas, de remplir le rôle qui lui est dévolu, à savoir la protection des intérêts économiques en général dans la lutte pour la conquête des marchés.

Dans son arrêt du 28 mars 1950 [337], le TF connaît également d'un cas de confusion. Il s'agit de l'utilisation de la raison de commerce d'autrui, non pas comme telle, mais en tant qu'enseigne, sur des prospectus, réclames, affiches, annonces, etc. Un semblable procédé tombe dans le champ d'appli-

[335] RO 72 II 380 ss.

[336] Par le fait que les clients attribuent faussement un produit à une maison alors qu'il provient d'une autre. Le dommage peut, par exemple, résulter d'une grande différence dans la valeur des offres de deux maisons, en ce sens qu'un produit de moindre qualité risque d'être attribué à une maison dont la réputation est celle de perfection, de luxe.

[337] RO 76 II 77 ss.

cation du droit de la concurrence déloyale. Le TF estime que, en l'espèce, le danger de confusion est inexistant du fait que seul le défendeur exerce son activité sur le territoire suisse, alors que les demanderesses ont leurs sièges en France, en Belgique, en Hollande, mais non pas dans notre pays. En outre, la clientèle d'une salle de spectacle cinématographique est essentiellement locale, ce qui exclut tout rapport de concurrence entre les plaideurs. De plus les clients ne sauraient être induits en erreur, car ils ne sont pas communs aux parties. Le TF en a jugé autrement le 11 mars 1911, dans la cause Annuaire Didot-Bottin c. Louis Calame & C^ie [338].

Nous pensons pour notre part que le TF ne distingue pas assez nettement deux notions différentes et qu'il importe de considérer l'une après l'autre. On a vu plus haut que la LCD protège une personne notamment contre les actes créateurs de confusion, ou d'un danger de confusion, et commis par un *concurrent*. Il convient alors, en premier lieu, d'examiner si un rapport de concurrence existe entre l'auteur de l'acte et le lésé. Or tel n'est manifestement point le cas en l'espèce. Pour qu'il y ait rapport de concurrence, il faut nécessairement que la clientèle de l'un et l'autre concurrents soit en tout ou partie la même, condition qui n'est point remplie en l'occurrence pour les raisons que nous avons indiquées. Dès lors, pas n'est besoin d'examiner, en second lieu, si l'acte incriminé forme une source de confusion ou d'un danger de confusion. Il le serait certainement si la condition du rapport de concurrence se trouvait réalisée.

Si nous pensons qu'il importe d'observer rigoureusement cette méthode dans l'analyse d'un acte de concurrence prétendue déloyale, c'est parce qu'un semblable procédé concurrentiel aurait fort bien pu se présenter entre deux établissements cinématographiques situés dans la même région, la même localité. Or, dans ce dernier cas, le juge aurait sans doute considéré la similitude d'enseignes, de réclames comme de nature à créer une confusion dommageable et, partant, constitutive de concurrence déloyale. Dans cette éventualité, le rapport de concurrence aurait existé (condition formelle), déterminant l'application de la loi, et le danger de confusion aurait été réalisé (condition matérielle), entraînant la protection légale. D'où résulte selon nous que les criteriums nécessaires pour juger d'un rapport de concurrence ou d'un danger de confusion sont d'ordres différents. Le premier sert à établir si la LCD est applicable en la cause, le deuxième à décider si cette même loi accorde sa protection. Aussi importe-t-il de ne pas les confondre.

Dans un arrêt du 6 avril 1954 [339], que nous avons déjà longuement étudié dans la première partie de notre travail, nous décelons une nouvelle

[338] RO 37 II 45 ss.
[339] RO 80 II 165 ss.

confusion dans le raisonnement du TF. En effet, ayant affaire à un cas classique de *concurrence entre concurrents,* le TF prétend établir l'existence d'un rapport de concurrence (indubitable en l'espèce puisqu'il s'agit de deux établissements d'enseignement ouverts à la clientèle d'une même localité et pour les mêmes branches d'enseignement) en relevant la publicité faite par le défendeur, les frais que cette propagande a entraînés, le montant des écolages et la teneur du compte de pertes et profits. Et le TF conclut, à tort selon nous, de cet examen : « Il est dès lors évident qu'il existe une concurrence entre les cours réunis et l'école exploitée par le recourant. » Mais, en réalité, les données de fait ainsi retenues permettaient de trancher une autre question, celle-ci discutable, savoir le *caractère économique* de l'activité de la défenderesse. Aussi bien l'arrêt n'expose-t-il qu'ensuite les seuls et vrais éléments d'un rapport de concurrence : « La SSC et le recourant exercent en effet leur activité dans le même domaine et ils s'adressent au même public. »

En résumé, tout en approuvant pleinement la solution à laquelle le TF a abouti, nous déplorons l'absence de rigueur dans l'examen des différentes conditions d'application de la LCD.

Dans un arrêt du 10 mai 1957 [340], en matière pénale, le TF pose la question de la qualité pour agir en vertu de la LCD. Notre intention n'est pas de discuter ce problème sur le terrain pénal. Cependant, dans le cas particulier, le TF se réfère aux articles 1 et 2 LCD pour déterminer les personnes habiles à intenter l'action pénale, ce qui est conforme à l'article 13 *in fine* LCD. Après avoir rappelé que la LCD (article 2, al. 1) n'accorde une action en concurrence déloyale qu'à « celui qui, par un acte de concurrence déloyale, est atteint ou menacé dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général », le TF ajoute : « Sans le dire expressément, cette disposition n'accorde pas le droit d'agir en justice à n'importe qui, mais uniquement aux concurrents de l'inculpé. » Le TF explique cette affirmation par le fait que le législateur accorde expressément sa protection au client. « Cette extension eût été inutile si toute personne atteinte ou menacée dans ses intérêts matériels était déjà habile à agir en vertu de l'al. 1[er]. »

A notre avis, ce raisonnement est erroné. En effet, reprenons l'exemple de « concurrence déloyale » prévu par l'article premier, al. 2, litt. *b in fine* LCD. Comme on le sait, la personne qui possède la qualité active dans ce cas n'est pas en rapport de concurrence avec l'auteur de l'acte. Par conséquent, on ne saurait attribuer au rapport de concurrence la valeur d'une condition absolue d'après les dispositions civiles de la LCD ni, à plus

[340] RO 83 IV 105 ss = JT 1957 IV 115 ss.

forte raison, transposer une telle exigence sur le terrain de la protection pénale. Notre propos, nous l'avons dit, n'est pas d'étudier le problème de la qualité pour porter plainte en concurrence déloyale. Nous nous bornons à remarquer que l'article 13 *in fine* (« ... sur plainte de personnes habiles à intenter l'action civile, ... ») n'implique pas que toute personne habile à intenter l'action civile ait qualité pour porter plainte. Il signifie bien plutôt que seule une personne ayant la qualité active au civil est fondée à porter plainte pour concurrence déloyale. En effet, le champ d'application des dispositions civiles de la LCD et celui des règles pénales de la même loi ne se recouvrent point, la portée de ces dernières étant nettement plus restreinte, vu le caractère limitatif de l'énumération contenue dans l'article 13 LCD.

Un autre arrêt du TF [341], rendu le 31 octobre 1956, nous intéresse au sujet de la qualité passive dans une action en concurrence déloyale. Nous y lisons ce qui suit : « Les défendeurs estiment que ce rapport de concurrence doit exister entre le lésé et l'auteur de l'acte, de sorte que la loi n'est pas applicable à celui qui ne fait qu'influencer une concurrence à laquelle il est étranger. Cette opinion est en tout cas partiellement erronée puisque n'importe qui peut, sans être lui-même dans un rapport de concurrence avec le lésé, favoriser la concurrence déloyale d'un autre sous l'une ou l'autre des formes de participation indiquées à l'art. 50 CO, notamment l'instigation et la complicité. Cela ressort de l'art. 8 LCD qui déclare les dispositions du code des obligations applicables en tant que la LCD n'y déroge pas. » Ces considérants nous paraissent certes valables, mais ils n'ont pas la portée générale de démonstration que le TF semble leur attribuer. Il est certain que la loi s'applique également à des tiers qui ne sont pas concurrents quand ils participent, de l'une des manières prévues à l'article 50 CO à un acte de concurrence déloyale. Tel est bien le cas dans la présente cause. Mais qui dit « participation » suppose nécessairement un auteur principal. Or l'arrêt ne montre nulle part que cet auteur puisse être un tiers quelconque. Ainsi ce n'est pas en tirant argument de l'article 50 CO que l'on sera fondé à reconnaître, dans certains cas, un tiers non concurrent comme auteur de concurrence déloyale. En revanche on y parviendra en raisonnant par analogie avec l'exemple expressément prévu par la loi, dans lequel n'importe quelle personne peut commettre un acte de concurrence déloyale en s'immisçant dans une concurrence qui lui est étrangère (article premier, al. 2, litt. *b in fine*).

Etudions de plus près un arrêt [342] que le TF a rendu le 1er octobre 1957. La défenderesse exploite un commerce d'appareils de radio et de télévision,

[341] RO 82 II 544 ss = JT 1957 I 312 ss.
[342] RO 83 II 458 ss.

ainsi que d'appareils ménagers. A grand renfort de publicité, elle promet d'octroyer une prime sous forme d'une bicyclette d'enfant à tout acheteur d'un de ses articles d'une valeur égale ou supérieure à 450 francs. Voyant dans ce procédé un acte de concurrence déloyale, cinquante-deux demandeurs ont introduit une action fondée sur la LCD. Parmi ces demandeurs figurent vingt-cinq marchands de radios, quatre marchands d'appareils électriques, *dix-sept marchands de cycles* et six marchands d'articles de ménage.

Sans nous arrêter longuement aux motifs par lesquels le TF admet la commission d'un acte contraire aux règles de la bonne foi, nous nous attacherons à la qualité active de certains des demandeurs, les marchands de cycles. Relevons seulement que le TF a estimé que les demandeurs avaient été victimes d'un acte de concurrence déloyale. Il justifie son point de vue comme il suit : « Cette manière d'agir constitue, dans son ensemble, un acte contraire à la bonne foi en affaires; l'offre d'une bicyclette d'enfant gratuite pour l'achat d'un appareil de radio ou d'un article de ménage était de nature à fausser le jugement de l'acheteur (cf. pour le droit allemand, *Baumbach/Hefermehl,* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Zugabeverordnung § 1, note 44 p. 549)... » Le TF, en insistant sur le rôle économique que joue la clientèle, dont le jugement doit se former librement grâce à une comparaison objective des différentes offres en présence [343], fait mention de ces cercles de clients qui sont communs à chacun des demandeurs, d'une part, et à la défenderesse, d'autre part. Par conséquent, ce considérant ne se rapporte qu'aux demandeurs qui exercent leur activité économique dans le même domaine que la défenderesse et s'adressent à la même clientèle, pour la satisfaction d'un même besoin économique. Il en va de la sorte des marchands de radios, de postes de télévision, des négociants en appareils électriques et en articles de ménage, à l'exclusion des marchands de bicyclettes. Il s'agit donc bien du cas classique de concurrence déloyale, dans laquelle l'auteur de l'acte et le lésé sont entre eux dans un rapport de concurrence économique.

Mais que dire de cette observation du TF : « ... en outre, en remettant des bicyclettes aux acheteurs, la défenderesse a fait concurrence aux commerçants d'une autre branche, à savoir aux marchands de cycles, qui ne sont point ses concurrents » ?

Comme nous le constatons, le TF admet l'action de tous les demandeurs, y compris les marchands de cycles, et les place sur le même pied pour juger de l'admissibilité des procédés auxquels la défenderesse a recouru. A notre

[343] On reconnaît ici l'énoncé du principe fondamental du Leistungswettbewerb que nous avons exposé plus haut.

sens, quelle que soit la conception juridique que l'on adopte dans le problème du champ d'application de la loi, on ne réussit pas à justifier la solution du TF.

1. Admettons que la LCD est une loi régissant, sauf les exceptions qu'elle prévoit, les rapports existant entre personnes concurrentes dans l'exercice d'une activité économique. Or, s'il est établi que les parties exercent toutes une activité qualifiable d'économique, il n'est pas vrai que tous les demandeurs soient des concurrents de la défenderesse. Les marchands de cycles exercent une activité de nature totalement différente de celle de la défenderesse, tant au point de vue de la nature de l'offre que de la clientèle. On ne saurait soutenir sans quelque témérité que la défenderesse, en exigeant une contre-prestation de ses clients, savoir un montant égal ou supérieur à 450 francs, exerce de ce fait l'activité économique d'un marchand de cycles. En effet, ce montant forme le prix payé par les clients contre la livraison d'un appareil de radio, de télévision ou d'un appareil ménager quelconque, mais non contre la remise d'une bicyclette pour enfant. L'offre de la défenderesse n'a donc, de sa nature, rien de commun avec celle des marchands de cycles. En conséquence, si l'on peut voir une certaine concurrence entre les demandeurs marchands de cycles d'une part, et la défenderesse d'autre part, du fait qu'ils distribuent des objets semblables sur le marché, dont ils hâtent ainsi la saturation, en revanche cette concurrence n'est point économique au sens que nous avons donné, avec raison, à ce qualificatif dans la première partie de notre travail. Seul celui qui propose une offre en exigeant des chalands une contre-prestation correspondante exerce une activité économique au sens de la LCD.

En outre, on ne saurait considérer l'ensemble des actes de la défenderesse comme un tout et faire ainsi des cycles un élément prépondérant de son offre. En effet, il est établi en l'occurrence, non seulement que la valeur des bicyclettes offertes à la clientèle par la défenderesse pour un achat du montant minimum de 450 francs n'excédait jamais le prix usuel de vente au détail de cycles semblables, soit 200 francs, mais encore que la marge de bénéfice dans le commerce de radios en particulier était fort élevée et atteignait, selon l'arrêt, 40 à 42 %. A quoi s'ajoutaient, le cas échéant, 8 à 10 % de « primes de quantité » et 5 % d'escompte pour paiement comptant au fournisseur. D'ailleurs le caractère de prime, que le TF reconnaît formellement aux cadeaux de la défenderesse, exclut toute possibilité de trouver dans ce procédé une prestation économique principale.

2. Admettons, par analogie avec l'exemple de l'article premier, al. 2, litt. *b in fine* LCD, que le procédé de la défenderesse constitue un acte de concurrence déloyale, en faussant la concurrence qui règne entre marchands de cycles. Mais, par ses procédés, la défenderesse n'a en aucun cas fait

bénéficier indûment l'un de ces marchands au détriment des autres. En effet, elle a acheté de manière parfaitement régulière un nombre déterminé de cycles à un fabricant et cette opération ne saurait constituer un acte abusif.

Au surplus, en distribuant des cycles à sa clientèle, la défenderesse porte certes une atteinte aux marchands de cet article en les privant de la valeur, au reste hypothétique, formée par la clientèle, mais là encore son acte n'implique point une concurrence déloyale. En effet, pour ce qui regarde les marchands de cycles, la défenderesse a fait une libéralité à sa propre clientèle. Or, rien ne l'empêche, par rapport aux négociants en bicyclettes, de distribuer gratuitement des objets au public, quels que soient le nombre et la valeur de ces cadeaux. Cette générosité à grande échelle ne saurait enfreindre les règles de la bonne foi ni, partant, être abusive.

Il ressort de ces développements que le procédé de la défenderesse ne représente pas un exemple de *concurrence sans concurrence,* telle que la prévoit l'article premier, al. 2, litt. *b in fine* LCD, eu égard à un état de fait différent.

De quelque manière qu'on la retourne, cette affaire n'inclut aucun rapport de concurrence économique entre la défenderesse et les demandeurs marchands de cycles. Or le TF a donné gain de cause à ces derniers, en les reconnaissant victimes de concurrence déloyale au regard de la LCD. Nous ne pouvons souscrire à une telle décision, pour la raison qu'elle manque de fondement juridique.

Après l'étude de ces quelques cas où la question du rapport de concurrence s'est posée [344] ou, à notre avis, aurait dû se poser, nous sommes en mesure de formuler les critiques générales que voici.

1. Les conditions formelles d'application de la LCD ne sont pas soumises à un examen systématique et approfondi dans la jurisprudence actuelle. Le juge semble faire preuve d'opportunisme dans ce domaine.

2. La jurisprudence néglige de distinguer deux sortes de conditions, qui doivent être réalisées.

A. D'une part, les *conditions formelles* permettent au juge, dans la cause dont il est saisi, de déterminer si le demandeur peut valablement invoquer la LCD. C'est là une question de qualités active et passive qu'il importe de résoudre avant même d'aborder le droit matériel de la concurrence. La loi pose deux conditions formelles. *a)* Il faut que l'activité du ou des lésés soit de nature *économique*. Cette condition a fait l'objet de notre première partie. *b)* L'acte doit sortir ses effets dans le domaine de la *concurrence*. La suite du présent titre précisera cette notion de concurrence.

[344] Mentionnons encore l'arrêt zurichois, publié dans le Bl ZR 1950 N° 33, p. 59 ss et que nous avons cité *supra.*

B. D'autre part, les *conditions matérielles* permettent de qualifier l'acte d'abusif ou au contraire d'admissible, en appliquant les règles de la bonne foi. Ces conditions, nous le savons, sont de leur nature imprécises. Aussi le juge doit-il dégager les règles de la bonne foi des circonstances particulières à chaque espèce [345]. Suivant que les conditions matérielles de la LCD sont réalisées ou non, la loi accorde sa protection ou la refuse. Nous n'étudierons pas plus avant ces dernières conditions, qui débordent le cadre de notre travail.

3. Le manque de méthode, s'il a parfois pour effet d'étendre la protection de la LCD (cf. l'arrêt que nous venons d'étudier), offre à nos yeux de graves inconvénients. Il crée une fâcheuse insécurité juridique et peut aboutir, en cas d'interprétation restrictive de la loi, au résultat exactement inverse, soit à soustraire à l'empire de la LCD des procédés qui pourtant réunissent les caractéristiques de la concurrence déloyale.

Chapitre V.

LA LIBRE CONCURRENCE AU REGARD DE LA LCD

Dans son Message de 1942, le Conseil fédéral s'exprime ainsi sur ce point [346] : « Le but de la loi est d'assurer une *protection contre la concurrence déloyale.* » Ensuite, il rappelle que le projet de 1934 partait de l'atteinte portée aux droits de la personnalité, objet de la protection légale. Au sujet de la LCD, on lit ce qui suit : « Le nouveau projet, au contraire, tend avant tout à protéger le libre exercice de la concurrence comme l'un des fondements essentiels de notre ordre économique. » Or nous avons vu que le libre exercice de la concurrence est inséparable du déploiement libre aussi, par un concurrent, de ses forces économiques, ce que nous appelons son *potentiel économique.* La loi a dès lors pour but de protéger les bases de la capacité de concurrence contre toute atteinte contraire aux règles de la bonne foi, ainsi que de réprimer tout usage abusif de ce potentiel économique. Dans les deux cas, il s'agit d'un abus du droit de libre concurrence, incompatible avec la mission sociale de ce droit. Josserand écrit à propos du droit de libre concurrence [347] : « ... ce droit, comme toutes les prérogatives individuelles, est en réalité d'essence sociale; il est causé, sinon en termes exprès,

[345] Cf. *supra,* p. 95 ss.
[346] Message CF 1942, p. 11.
[347] Josserand, *Op. cit.* cité par Roubier, *Op. cit.,* p. 524. Remarquons, en passant, que Josserand distinguait entre la concurrence *déloyale,* intentionnelle, à laquelle il appliquait sa théorie de l'abus des droits, et la concurrence *illicite* créant une responsabilité objective en raison d'un déséquilibre des intérêts en présence.

du moins intentionnellement et en fonction de la mission sociale qui lui est dévolue... »

Le Message de 1942[348], la lettre de la LCD, la jurisprudence à mainte reprise insistent sur le fait que la LCD n'est pas une loi régissant de manière générale les procédés déloyaux en affaires. Il est certain que, à la différence de l'article 48 CO, la LCD produit ses effets seulement *dans le domaine de la concurrence*. Nous ne voyons pas quel argument pourrait justifier une autre opinion. En effet, par opposition à un texte légal régissant la concurrence et qui a pour objet principal la protection des concurrents, une loi sur les procédés déloyaux en affaires a pour tâche essentielle de protéger les clients contre toute manœuvre destinée ou de nature à les tromper. Or, il est dans la compétence des cantons d'édicter des règles de police en cette matière. D'ailleurs l'article 2, al. 2 LCD prévoit expressément l'action du client lésé par un acte de *concurrence déloyale*. Le fait que la loi accorde cette action à la clientèle revêt nettement un caractère exceptionnel et ne confère nullement à la LCD la portée d'une loi sur les procédés déloyaux en affaires.

Chapitre VI. LES « CONCURRENTS »

Nous avons vu que la LCD a pour but la protection des bases de la capacité de concurrence des personnes qui exercent une activité économique; que l'esprit même de la libre concurrence exige que chacun puisse mettre librement en valeur son potentiel économique dans les limites que tracent les règles de la bonne foi. Il nous reste à déterminer quelles sont les personnes dont l'acte peut être constitutif de concurrence déloyale et tombe par là sous le coup de la LCD.

Comme nous l'avons déjà remarqué, l'atteinte causée aux bases de la capacité de concurrence d'une personne n'émane pas nécessairement d'un concurrent, mais est parfois le fait de n'importe quel tiers, qu'il exerce ou non une activité économique. Ainsi le cas du dénigrement (article premier, al. 2, litt. *a* LCD). Le résultat d'un tel acte, à savoir l'affaiblissement du potentiel économique du lésé, sera identique, peu importe que l'auteur du dénigrement soit un concurrent ou un tiers. En outre, un semblable procédé produit nécessairement ses effets dans le domaine de la concurrence économique, car le potentiel économique d'une personne comprend tous les facteurs de succès économique dans l'exercice d'une activité. Or toute atteinte que la victime subit de la sorte risque de provoquer un dommage

[348] Message CF 1942, p. 11/12.

qui la désavantage par rapport aux concurrents qui déploient la même activité ou du moins une activité similaire. Prenons par exemple le cas d'un village isolé, dans lequel il y aurait deux boutiques d'épicerie seulement. Celui qui dénigrerait l'une d'elles commettrait un acte dont les effets agiraient dans le domaine de la concurrence, puisqu'ils seraient de nature à profiter à l'autre concurrent. Or ce résultat serait le même, que l'auteur du dénigrement soit le concurrent du lésé, ou un tiers quelconque s'immisçant ainsi dans un rapport de concurrence auquel il est étranger.

Envisageons maintenant une autre forme de concurrence déloyale, celle que prévoit l'article premier, al. 2, litt. *b* LCD [349] et qui consiste dans le fait de donner sur soi-même ou sur un tiers des indications inexactes ou fallacieuses de nature à favoriser l'auteur de ces allégations ou le tiers par rapport aux autres concurrents de la même branche économique. L'acte est « déloyal » au sens que la LCD donne à cet adjectif, car il met en valeur un potentiel économique contrairement à la vérité. Il s'agit d'un cas de Parallelkampf, de concurrence indirecte étudiée plus haut. Ce procédé est propre à fausser la concurrence, vu que le public n'est plus en mesure de comparer objectivement les offres concurrentes. Force nous est de reconnaître que, quel que soit l'auteur de pareilles assertions (le bénéficiaire lui-même ou un tiers quelconque), son acte produit ses effets dans le domaine de la concurrence. Et ce seul fait suffit à nos yeux pour justifier l'application de la LCD. Le législateur nous confirme pleinement dans notre opinion, attendu qu'il a expressément admis qu'il y a concurrence déloyale dans les deux cas prévus sous litt. *b*.

Il est d'ailleurs particulièrement intéressant de rapprocher les textes des litt. *a* et *b* de l'article premier, al. 2 LCD. La première remarque qui s'impose a trait à l'analogie des termes dont le législateur a usé. En effet, dans les deux cas, il est question d'« allégations » (litt. *a*) ou d'« indications » (litt. *b*) « *inexactes* » ou « *fallacieuses* » (les « allégations inutilement blessantes » ne peuvent s'adresser qu'à la victime de l'acte, d'où leur place sous litt. *a* seulement). En outre, sous litt. *a* comme sous litt. *b*, ces « allégations » ou « indications » doivent viser une ou plusieurs personnes que le texte légal désigne par « autrui » (litt. *a*), ou « lui-même » et « des tiers » (litt. *b*), et enfin porter, dans les deux cas, sur « ses marchandises, ses œuvres, son activité ou ses affaires. » Il est à peine besoin d'ajouter que le législateur, qui a dit expressément sous litt. *b* « les avantage par rapport aux concurrents », a sous-entendu dans la litt. *a* un membre de phrase correspondant, par exemple de cette teneur « lui portant ainsi atteinte par rap-

[349] Cf. classification *supra*, p. 120.

port à ses concurrents », mais qui paraît cependant superflu (tout comme au reste sa réplique sous litt. *b*) [350].

L'acte de concurrence déloyale prévu par la litt. *a* et celui qui figure sous litt. *b* sont de *même nature*. Ils consistent tous deux en allégations inexactes ou fallacieuses, qu'une personne avance sur une autre, et dont les effets se font sentir dans le domaine de la concurrence en faussant la lutte économique, dans l'un des cas (litt.*a*) au détriment de celui qui en est l'objet, dans l'autre (litt. *b*) en faveur de celui auquel elles s'appliquent. Il s'agit donc toujours du même procédé qui revêt alternativement, selon la personne à laquelle ces allégations se rapportent, les caractères des deux formes essentielles que la concurrence déloyale peut revêtir, à savoir soit la concurrence directe (Zweifrontenkampf, litt. *a*), soit l'indirecte (Parallelkampf, litt. *b*) [351]. Ces deux modes, comme nous l'avons vu, sont constitutifs de concurrence déloyale lorsque les moyens employés par l'auteur enfreignent les règles de la bonne foi objective [352]. Ces deux aspects de concurrence se rencontrent fréquemment et le fait qu'ils sont voisins dans l'énumération de l'article premier, al. 2 LCD résulte, non point du hasard, mais de la similitude de leur nature. Le caractère purement exemplaire de cette énumération, destinée à illustrer la disposition générale de l'alinéa 1 [353], nous permet donc de prévoir d'autres actes dont les effets se produisent sur le terrain de la concurrence et qui rentrent également dans la définition légale de l'article premier, al. 1.

Nous aboutissons aux mêmes constatations touchant les procédés de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, l'activité ou l'entreprise d'autrui (art. 1, al. 2, litt. *d* LCD). Passons sur les cas de confusion avec « les marchandises, les œuvres, l'activité » d'autrui, éventualité dans laquelle l'auteur de l'acte et la victime se trouvent presque toujours en un rapport de concurrence économique, sauf l'hypothèse rarement réalisée sans doute où ce serait un tiers qui créerait une confusion entre les marchandises, les œuvres ou l'activité de deux concurrents. Attachons-nous plutôt aux cas de *confusion entre les entreprises*, que le législateur a d'ailleurs expressément prévus. Deux sortes de confusion sont ici possibles. La première a pour effet que le public attribue ou risque d'attribuer par exemple un produit à une certaine entreprise, tandis qu'il provient de fait d'une autre maison. La seconde porte le public à croire que deux entreprises entretiennent des relations d'affaires, alors qu'une telle liaison d'intérêts n'existe pas en réalité.

[350] On constate ici le manque de rigueur dans la technique législative adoptée lors de l'élaboration de la loi.
[351] Cf. *supra*, p. 120.
[352] Cf. *supra*, p. 95 ss.
[353] RO 72 II 390 ss.

Certes, dans ces deux espèces de confusion entre les entreprises, on est le plus souvent en présence de deux maisons concurrentes, c'est-à-dire d'établissements qui produisent ou vendent des marchandises identiques, ou analogues, et répondant au même besoin économique de la clientèle. Le danger de confusion entre de telles maisons, dans l'esprit du public acheteur, est en effet beaucoup plus fréquent qu'entre deux entreprises non concurrentes. Toutefois une confusion entre ces dernières n'est nullement exclue. Car on imagine aisément, par exemple, une confusion causée par une similitude de désignations commerciales, lesquelles amènent le public à croire que c'est *la même maison* qui exploite les deux commerces, ou du moins que d'*étroites relations* existent entre les deux établissements, alors qu'au vrai ils exercent des activités totalement différentes. Seules certaines suites dommageables d'un tel procédé différeront de celles d'un cas classique de confusion. Dans ce dernier, la confusion que fait le public atteint le lésé dans sa clientèle, dont une partie s'adressera dès lors par erreur à l'auteur-bénéficiaire de l'acte. En revanche, ce résultat ne saurait se produire lorsqu'il s'agit de deux entreprises non concurrentes. Mais la confusion où tombent les chalands peut avoir pour effet d'affaiblir la réputation qu'une entreprise a su se créer sur le marché par la qualité de ses offres, ainsi que par l'octroi d'autres avantages de toute sorte. Cet affaiblissement découlera par exemple d'un défaut de fabrication ou de la qualité inférieure des marchandises que l'entreprise avantagée débite. Or, aux termes de l'article 2, al. 1 LCD, la réputation professionnelle, tout comme la clientèle et finalement les « intérêts matériels en général », est un facteur de succès économiques dont chaque entreprise dispose et qui forme un élément du *potentiel économique* que le législateur veut protéger, afin de sauvegarder la liberté de concurrence [354]. En conséquence, nous pensons que la LCD trouve pareillement application dans les cas de confusion entre deux personnes ou entreprises qui ne sont pas entre elles dans un rapport de concurrence économique. L'étude, d'une brûlante actualité en Suisse et à l'étranger, de la protection des marques de haute renommée contre l'utilisation de signes semblables pour des produits de nature totalement différente fait entrer ce procédé, comme le prochain titre l'exposera, dans la catégorie des actes créant une confusion entre des entreprises non concurrentes, mais néanmoins constitutifs de concurrence économique.

Imaginons enfin un procédé que nous rangerons, à l'appui de nos développements, dans le domaine des actes de concurrence déloyale. Voici un commerçant qui, par des procédés déloyaux, c'est-à-dire contraires aux règles de la bonne foi, attire à lui le comptable d'une maison appartenant

[354] Cf. *supra*, p. 115 ss.

à une autre branche économique, une société d'assurance par exemple. On conviendra qu'un comptable de profession peut entrer au service de n'importe quel établissement qui tient une comptabilité. On admettra également que le fait d'induire, en dénigrant l'employeur, un employé à rompre le contrat de travail qui le lie à son patron implique une atteinte caractérisée au potentiel économique de l'exploitant lésé, abusivement privé d'un membre de son personnel [355]. Cet exemple montre qu'un acte de cette nature diminue la capacité de concurrence de la victime, en violation des règles de la bonne foi, que l'auteur de ce procédé soit un concurrent ou non. Ces considérations, auxquelles nous ajouterons l'évident besoin de protection contre des manœuvres de ce genre, justifient et commandent l'application de la LCD.

Chapitre VII. CONCLUSION

Nous pouvons maintenant dégager de l'étude qui précède les points essentiels de notre théorie et en tirer nos conclusions. Le champ d'application de la LCD, suivant la jurisprudence et la doctrine actuelles, est trop restreint. Il faut l'étendre, afin que la loi assure aux justiciables une large protection contre des procédés qui revêtent les caractéristiques propres aux actes de *concurrence déloyale,* au sens que nous attribuons à cette expression.

Traçons en conséquence de manière précise les limites qui permettront de déterminer ce qu'il faut entendre par *concurrence* économique déloyale au sens de la LCD.

1. La LCD régit le domaine de la concurrence économique. Il ne s'agit pas d'une loi concernant les procédés déloyaux en affaires au sens large. C'est un ensemble de règles destinées à maintenir la *concurrence* économique dans le cadre de la bonne foi.

2. Les *règles de la bonne foi* ne sont pas fixes. Elles constituent un criterium vague, que le juge détermine librement dans chaque cas particulier. Ce système présente l'inconvénient d'entretenir une certaine insécurité chez les justiciables, en raison des limites variables et imprécises qui séparent la concurrence admissible de la concurrence abusive. L'étude de la jurisprudence antérieure à la LCD pare dans une certaine mesure à ce défaut. En revanche, la libre appréciation des règles de la bonne foi par le juge garantit une grande souplesse dans l'application des textes légaux et permet d'adapter la loi aux innombrables formes de concurrence interdite.

[355] Cf. *supra,* p. 116.

En outre, le développement continu des affaires, la création de nouvelles activités font surgir de nouveaux procédés abusifs, que le législateur ne saurait prévoir. Or la LCD permet d'accorder une protection dans tous ces cas, grâce à l'universalité des règles de la bonne foi.

3. L'article 2, al. 1 LCD contient une énumération des « intérêts protégés par la loi » ou « facteurs de la capacité de concurrence » [356]. Or figurent dans cette énumération les éléments [357] que nous avons rangés dans l'une des trois catégories (facteurs personnels, facteurs matériels, facteurs du domaine public et de chance) qui forment le *potentiel économique*. Le libre usage de ce potentiel économique, dans les limites de la bonne foi, constitue le véritable objet de la protection légale. En effet, le principe de la liberté de concurrence autorise chacun à faire valoir son potentiel économique à son gré, les règles de la bonne foi permettant de déterminer s'il y a abus ou exercice normal de cette liberté.

Nous pouvons ainsi répartir les actes de concurrence abusive en deux grandes classes :

1° *Concurrence directe.* Atteinte au potentiel économique d'autrui, de façon contraire aux règles de la bonne foi.

2° *Concurrence indirecte.* Abus dans l'exploitation de son propre potentiel économique.

Remarquons enfin que certaines formes de concurrence revêtent simultanément les caractéristiques des deux classes. Tel est le cas de la réclame comparative.

4. Suivant la remarque laconique de Bruno von Büren, « Schädigung ist wettbewerbseigen » [358]. Ce qui revient à dire que tout acte économique commis par une personne dans l'exercice d'une activité soumise à la concurrence est de nature à causer un dommage aux concurrents de la même branche. Nul n'a de droit au respect de sa position économique, à la conservation de sa clientèle. Ainsi tout acte ayant une portée quelconque sur le marché d'offres concurrentes ne doit pas être systématiquement considéré comme déloyal parce qu'il favorise une offre au détriment de celles des concurrents, ou parce qu'il diminue directement la valeur d'une offre concurrente. Un acte de concurrence, abusive ou non, revêt nécessairement une des deux formes principales que nous avons vues plus haut.

[356] Message CF 1942, p. 31.

[357] A l'exception de la « clientèle ». Cette clientèle n'est pas un « facteur de la capacité de concurrence » comme le crédit, la réputation, mais bien le but que vise tout concurrent. Or la loi concerne les moyens d'atteindre ce but et non le but lui-même. A notre avis, ce mot « clientèle » n'a pas sa place dans l'énumération de l'article 2, al. 1 LCD.

[358] Bruno von Büren, *Kommentar*, p. 3.

En principe, un tel acte est admissible autant qu'il obéit aux règles de la bonne foi. Le système de la libre concurrence a précisément pour but d'entretenir entre les concurrents un esprit de compétition, créateur de progrès technique ou économique (inventions nouvelles, amélioration de la qualité, abaissement des prix, meilleures conditions de vente par exemple).

5. Précisons nos développement antérieurs en observant que l'auteur d'un acte de concurrence déloyale peut être :

a) Un *concurrent* de la victime. C'est le cas normal de concurrence, à savoir celui que l'on rencontre le plus fréquemment dans la pratique des tribunaux. Il en est ainsi lorsque le lésé et l'auteur de l'acte exercent des *activités économiques similaires,* c'est-à-dire lorsqu'ils adressent, sur un même territoire et au même public, des offres de marchandises, de services identiques ou analogues, destinés à la satisfaction d'un même besoin. Tel est le cas de deux avocats, de deux pharmaciens, de deux marchands de tabacs.

b) Un *tiers non concurrent.* Nous avons affaire à ce que nous appelons un acte de *concurrence par intervention.* En effet, c'est ici un tiers, étranger à la branche économique dont il s'agit, qui s'immisce dans la concurrence. Son acte a pour effet de modifier le jeu normal de cette concurrence, soit en avantageant abusivement une personne dans l'exercice d'une activité économique (art. 1, al. 2, litt. *b* LCD), soit en lui portant une atteinte qui heurte les règles de la bonne foi, respectivement au détriment ou en faveur des *concurrents de la victime.*

Du seul fait que cette dernière sorte de « concurrence » est expressément prévue par la litt. *b in fine,* nous ne saurions ignorer cette disposition, ni lui donner une valeur exhaustive, pour les raisons que nous avons étudiées dans ce chapitre. En conséquence, nous devons admettre cette apparente antinomie que Callmann traduit par l'expression « unfair competition without competition » ! [359]

Il est indifférent, en matière de concurrence par intervention, que l'auteur de l'acte en retire lui-même un profit ou non. Dans certains cas, comme celui de l'article premier, al. 2, litt. *b in fine* LCD, celui qui recourt au procédé déloyal manœuvre dans l'intérêt exclusif d'un ou de plusieurs concurrents de la victime, alors que dans l'éventualité d'un acte provoquant une confusion entre les entreprises, l'avantage qui en résulte profite tant et parfois plus encore à l'auteur de cette confusion qu'aux véritables concurrents de la victime. La concurrence économique *(stricto sensu)* n'en est pas moins faussée dans les deux espèces.

[359] Cf. Callmann, *Unfair competition without competition ?* p. 443 ss.

Par suite des observations qui précèdent et en application des conclusions auxquelles nous sommes arrivé, cette phrase contradictoire du TF [360] pourrait prendre un sens nouveau, que ne soupçonnaient pas ses auteurs : « ... en outre, en remettant des bicyclettes aux acheteurs, la défenderesse a fait concurrence aux commerçants d'une autre branche, à savoir aux marchands de cycles, qui ne sont point ses concurrents ». Une fois détaché de la cause à laquelle il se rapportait et pris *in abstracto,* ce considérant justifierait fort bien l'application de la LCD à une concurrence par intervention.

Résumons-nous et constatons que la LCD ne subordonne pas son application à un rapport de concurrence entre l'auteur de l'acte et le lésé. Par conséquent, la question de la qualité passive n'offre à cet égard aucune difficulté dans un litige fondé sur la LCD, puisque toute personne est susceptible de devenir défenderesse dans une action en concurrence déloyale.

6. Mais la LCD est une *loi relative à la concurrence économique.* Ce système s'oppose à celui d'une loi sur les procédés déloyaux en affaires. La LCD a pour but de protéger les personnes qui exercent une activité économique contre tout acte contraire aux règles de la bonne foi et de nature à porter un dommage à leur capacité de concurrence, sous l'une des formes indiquées au chiffre 3 ci-dessus.

Ainsi l'acte de concurrence déloyale produit nécessairement ses effets dans le domaine de la concurrence économique. Il affaiblit directement ou indirectement, de manière inadmissible, la capacité de concurrence de la victime par rapport aux concurrents de celle-ci. Aussi le véritable rapport de *concurrence* que vise la LCD est-il celui qui existe entre *la victime et ses propres concurrents,* au sens étroit de ce dernier mot.

Par conséquent, seule une personne exerçant une activité économique soumise à une concurrence peut revêtir la qualité active dans une action fondée sur la LCD.

Faut-il que cette concurrence existe effectivement ou suffit-il qu'elle soit simplement possible ?

A notre avis, celui qui exerce son activité dans une certaine branche économique devrait bénéficier de la protection accordée par la LCD pour peu qu'une concurrence ne soit pas exclue juridiquement dans le même domaine [361]. Imaginons par exemple le cas d'une petite localité retirée, dans laquelle il n'y aurait qu'une seule boulangerie. Rien n'empêcherait une autre personne d'y ouvrir un établissement semblable. Il n'en reste pas moins

[360] RO 83 II 458 ss. Cf. *supra,* p. 134.

[361] Certaines activités ne proviennent que de concessions accordées par l'Etat et ne sont donc pas susceptibles d'une concurrence quelconque. Toute activité bénéficiant d'un monopole de droit échappe évidemment au champ d'application de la LCD.

que, même à défaut de concurrence actuelle, une atteinte à la réputation professionnelle de ce commerçant prendrait l'aspect d'un acte de concurrence déloyale au regard de la LCD. En effet, qu'un concurrent s'établisse ensuite dans cette localité, il bénéficierait probablement de l'atteinte portée abusivement à son rival. Nous pensons que, si toute concurrence n'est pas interdite, un tel acte altère réellement la capacité de concurrence du lésé, c'est-à-dire son potentiel économique et semble justifier, par sa nature, l'application de la LCD.

Grâce à notre théorie, nous avons notablement élargi le champ d'application de la LCD par rapport à la conception traditionnelle qu'en ont la doctrine et la jurisprudence.

Il nous reste à démontrer les avantages de notre système en étudiant un cas particulier de concurrence déloyale.

Titre III

CONCURRENCE DÉLOYALE ET MARQUES DE HAUTE RENOMMÉE

Chapitre I. GÉNÉRALITÉS SUR LES MARQUES DE FABRIQUE ET DE COMMERCE [362]

Aux termes de l'article premier LMF [363] : « Sont considérés comme marques de fabrique et de commerce : 1° les raisons de commerce; 2° les signes appliqués sur les produits ou marchandises industriels et agricoles ou sur leur emballage, à l'effet de les distinguer ou d'en constater la provenance. »

Le professeur Turin, dans son cours, donne de la marque de fabrique et de commerce la définition suivante : « La marque est un signe matériel qui, apposé sur une marchandise ou son enveloppe, indique que cet article sort d'une certaine entreprise et de ce fait le distingue, sur le marché, des produits d'établissements concurrents. » [364]

[362] Les observations qui figurent dans ce chapitre premier résument partiellement le chapitre premier du cours sur les marques de fabrique et de commerce, donné à l'Université de Lausanne par le professeur Turin.

[363] Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles, du 26 septembre 1890, modifiée par la loi fédérale du 21 décembre 1928 et par celle du 22 juin 1939.

[364] L'auteur de cette définition précise qu'elle ne vaut qu'au regard de la loi suisse en son état actuel.

Touchons quelques mots du but et de la fonction d'une marque. Le but d'une marque, au sens de la LMF, réside dans son pouvoir distinctif, qui la rend propre à individualiser certains produits à l'égard d'objets similaires dans le domaine de la concurrence.

La doctrine allemande, en particulier, considère que la marque, grâce à ce pouvoir distinctif, remplit diverses fonctions.

En ce qui concerne le producteur ou le commerçant, elle possède une *fonction de protection* (« Schutzfunktion »). En effet, c'est par sa marque qu'un commerçant s'assure contre le risque de confusion, chez les acheteurs, entre ses produits et les marchandises semblables ou analogues d'entreprises concurrentes. En outre, certaines marques ont la vertu, par leurs qualités propres, de solliciter et retenir l'attention du consommateur. C'est la *fonction de réclame* (« Werbefunktion »).

Pour ce qui regarde le consommateur, la marque a tout d'abord une *fonction d'indication de l'origine* (« Herkunftsangabefunktion », c'est-à-dire qu'elle indique soit le nom de l'entreprise d'où le produit est originaire, soit que le produit sort d'une certaine maison, au reste souvent ignorée de l'acheteur. De plus, la marque remplit une *fonction de garantie*. En effet une marque implique souvent, pour l'acheteur, une garantie de stabilité dans la fabrication et de persistance dans la qualité du produit. En sorte qu'on peut admettre que le consommateur, satisfait d'une certaine marchandise, part de l'idée, lors d'un achat ultérieur, qu'elle présente encore des propriétés ou qualités identiques, du moment qu'elle porte la même marque.

Ces différentes fonctions de la marque n'ont pas cependant d'existence autonome ni de portée propre, dépendantes qu'elles sont de la législation qui les prend en considération et les sanctionne. Car en l'absence d'une telle législation il ne saurait être question de protection, ni de réclame, ni d'indication d'origine, ni de garantie, puisqu'il ne s'agirait plus d'une marque, à proprement parler, mais d'un signe vulgaire, utilisable par chacun.

Le *droit de marque*, quoique de nature particulière, peut se ranger dans la grande catégorie des droits absolus, eu égard à l'élément capital et qui seul, en définitive, en forme la substance, à savoir le droit d'interdiction compétant au titulaire, fondé à poursuivre et faire condamner tout contrefacteur ou imitateur de son signe. En effet, le contenu de ce droit réside essentiellement dans un devoir d'abstention imposé, en faveur du seul titulaire de la marque, à tous les autres justiciables [365].

[365] La nature juridique des droits compris sous la notion de « propriété industrielle » a de tout temps été très discutée. L'unanimité est loin d'être réalisée encore à l'heure actuelle. La doctrine en fait tantôt des droits relatifs (Roguin, *Op. cit.*, p. 315 ss.), tantôt des droits absolus; le plus souvent encore, elle les fait entrer dans une catégorie spéciale, les droits immatériels.

Chapitre II. LA MARQUE DE HAUTE RENOMMÉE PAR RAPPORT À LA MARQUE ORDINAIRE

Il est une catégorie de marques qu'on doit placer au-dessus de tous les autres signes industriels ou commerciaux, en raison de leur valeur exceptionnelle. C'est la marque que nous qualifions « de haute renommée », préférant cette appellation à toutes celles que la doctrine propose [366].

Cette marque, sur la définition de laquelle les auteurs suisses et étrangers hésitent et se disputent, présente des caractéristiques dont les marques ordinaires sont dépourvues.

D'après Troller [367], la marque ordinaire distingue les produits qu'elle couvre des produits concurrents : « La marque ne devient toutefois le symbole d'une marchandise donnée que pour les milieux de commerçants et d'acheteurs qui s'intéressent à celle-ci. » Plus loin l'auteur observe : « Si, en revanche, elle vient à être connue même en dehors des milieux qui veulent pouvoir distinguer le produit offert des autres produits du même genre, on dira alors de la marque qu'elle a acquis une haute renommée. »

Citons encore la définition qu'a donnée le Groupe italien de l'AIPPI au congrès de cette association, à Bruxelles en 1954 [368] : « La marque superconnue est celle qui par l'effet d'une publicité exceptionnelle ou d'un usage prolongé s'est imposée au public comme identifiant une entreprise ou un produit donné. » Becher [369] écrit à ce propos : « Berühmt ist eine Marke, wenn sie mit einer bestimmten und daher einmaligen Vorstellung in den Sprachschatz eines Volkes eingegangen ist. »

Nous n'entrons pas dans l'ample discussion doctrinaire sur les caractéristiques de la marque notoire et partons de l'idée que les quelques définitions plus haut citées suffisent à la compréhension de l'étude qui va suivre. Nous pensons toutefois qu'il n'est pas inutile de donner quelques exemples de marques dont la *haute renommée* est indéniable. Ce sont, entre autres signes, « Kodak », « Philips », « Rolls Royce », « Gillette », « Omega », « Ford », « Lucky Strike ».

Il convient encore de traiter brièvement de la protection dont jouit, en droit suisse, le titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce.

La marque de fabrique et de commerce fait, en droit suisse, l'objet d'une protection spéciale. En effet la LMF assure au titulaire d'une marque enre-

[366] Parmi la floraison de dénominations diverses, citons : marque de grande notoriété, marque de haute réputation, marque connue au loin, marque mondiale, marque superconnue, marque supranotoire, marque slogan, etc.
[367] Troller, *La marque de haute renommée*, p. 75.
[368] Cf. l'intervention de M. Luzzati (Italie) dans Annuaire AIPPI 1954, p. 74.
[369] Becher, *Op. cit.*, p. 490.

gistrée [370] et conforme aux prescriptions légales l'utilisation exclusive de ce signe et le protège contre les atteintes que pourraient lui porter des tiers.

Cependant la marque ne bénéficie de la protection légale que pour les produits figurant dans la liste des marchandises auxquelles ce signe est destiné [371].

L'emploi illicite d'une marque, au sens de la LMF, peut revêtir quatre formes principales, propres à induire le public en erreur et entraînant l'application de la loi : 1° la contrefaçon; 2° l'imitation; 3° l'usurpation; 4° la vente, mise en vente, mise en circulation de produits revêtus d'une marque contrefaite, imitée ou usurpée. La loi y ajoute encore quelques actes poursuivables en vertu de la même disposition [372].

En revanche, la protection de la LMF est exclue quand un tiers emploie un signe, même identique à la marque originale, pour des produits « d'une nature totalement différente de ceux auxquels la marque déposée se rapporte » [373].

Nous avons ainsi esquissé l'étendue de la protection spécifique que le droit suisse accorde au titulaire d'une marque de fabrique et de commerce Or, que l'on ait affaire à une marque ordinaire ou à une marque de renommée exceptionnelle, cette protection et les conditions légales dont elle dépend sont identiques.

Sur le plan international, la marque de fabrique et de commerce fait l'objet d'une protection spéciale, dont il y a lieu de dire quelques mots.

La Convention d'Union de Paris (CUP) [374], à laquelle la Suisse a adhéré, institue en son article 6 la protection « telle quelle » des marques dans les pays unionistes [375]. L'article 6 bis accorde, sous certaines conditions qu'il prévoit, une protection spéciale à une catégorie particulière de marques, celles qui sont « notoirement connues ». Mais cette protection s'applique seulement dans les cas où un tiers use d'un signe, qui prête à confusion avec une telle marque, pour des produits identiques ou similaires, soit, en droit suisse, qui ne sont pas d'une nature totalement différente. Gardons-nous cependant de confondre cette marque notoirement connue avec celle que nous allons étudier, la marque de haute renommée. En effet, ni la loi suisse, ni la CUP, ne soufflent mot de cette dernière espèce de signes industriels ou commerciaux.

[370] Art. 4 LMF.
[371] Conformément à l'exigence posée par l'article 12, al. 2, litt. *a* LMF.
[372] Cf. article 24, litt. *d, e, f* LMF.
[373] Condition posée expressément par la LMF dans son article 6, al. 3.
[374] Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la Protection de la Propriété Industrielle, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925 et à Londres le 2 juin 1934.
[375] Voir à ce sujet Masson, *Op. cit.*

Ainsi, d'après la législation tant nationale qu'internationale sur les marques de fabrique et de commerce, le signe de haute renommée ne jouit pas d'une protection légale plus étendue que la marque ordinaire [376].

Chapitre III. NÉCESSITÉ D'UNE PROTECTION ÉLARGIE SUR LES PLANS NATIONAL ET INTERNATIONAL

Le titulaire d'une marque de haute renommée, dont nous avons rapporté quelques définitions sous chapitre II peut être atteint dans son droit de marque par certains agissements qui ne tombent pas sous le coup de la législation spéciale, de la LMF en Suisse. Tel est le cas lorsqu'un tiers utilise indûment la marque de haute renommée d'un commerçant ou d'un industriel, mais pour des produits ou marchandises de nature totalement différente de ceux auxquels ladite marque se rapporte. Afin de mieux faire comprendre la nature d'une pareil procédé, nous en donnons quelques exemples qui ont occupé les tribunaux de différents pays. L'emploi en Argentine de la marque de cigarettes bien connue « Lucky Strike » pour des articles vestimentaires et de parfumerie; au Canada, usage de la marque réputée « Philco » (appareils de radio) pour des cravates, aux Etats-Unis de la marque « Kodak » (articles photographiques) pour des bicyclettes; enfin, plus près de nous, l'utilisation en France de la marque helvétique « Omega » (montres) pour des appareils électriques, d'optique, cinématographiques notamment. Rappelons qu'en Suisse, le Tribunal de commerce de Berne a jugé de l'emploi abusif de la marque « Therma » (chauffages et cuisinières électriques) pour des produits de chimie technique.

Comme nous le savons, de tels procédés ne sauraient tomber sous le coup de la LMF en Suisse et échappent aux règles des articles 6 et 6 bis CUP sur le terrain international. En effet, tant la loi suisse que la Convention d'Union de Paris n'accordent une protection que contre l'emploi d'une marque pour des produits ou marchandises « identiques ou similaires » (CUP), ou qui ne sont pas de nature totalement différente (LMF).

Toutefois il s'est avéré que ces agissements peuvent causer un grave préjudice au titulaire d'une marque de renommée exceptionnelle. Voyons maintenant en quoi consistent les effets dommageables de ces actes.

Il résulte des caractéristiques de la marque de haute renommée qu'elle renferme, outre les propriétés des marques ordinaires, un ou plusieurs éléments qui lui confèrent une valeur économique supérieure : une grande

[376] Hormis l'Etat américain du Massachusetts, aucun pays, à notre connaissance, n'accorde expressément une telle protection.

puissance de réclame, un pouvoir attractif singulier, le symbole d'une certaine qualité, une réputation étroitement liée à une certaine entreprise ou une certaine personne, une intensité particulière de suggestion auprès du grand public. Cette haute renommée s'étend non seulement aux milieux qui s'intéressent aux produits couverts par la marque, mais au public en général, acheteur ou non. « Rolls Royce » est une marque connue du public le plus large, mais dont une petite fraction seulement pourrait envisager l'achat d'un véhicule portant ce signe.

Remarquons encore que cette force attractive exceptionnelle de la marque de haute renommée n'est point l'effet du hasard. Elle est due aux efforts de l'entreprise qui en est titulaire (propagande, usage prolongé, qualité, avantages particuliers liés à l'offre, etc.).

L'emploi par un tiers d'une marque de haute renommée, même pour des produits ou marchandises de nature totalement différente, est donc propre à causer un tort parfois considérable au légitime titulaire de ce signe. Ce dommage résultera de circonstances diverses, dont on retient généralement trois formes.

1° Confusion entre les entreprises (le public admet faussement que le produit est fabriqué par le légitime titulaire de la marque).

2° Erreur du public, qui croit que la qualité attachée à la marque originale caractérise également le produit couvert par la marque lésionnaire.

3° Erreur du public induit à penser qu'une relation d'affaires existe entre le titulaire de la marque et celui qui s'en sert abusivement.

Quel que soit le processus du raisonnement que tient le public, nous constatons, en accord avec la doctrine unanime et les tribunaux de nombreux pays, que des faits semblables sont notamment de nature à affaiblir le pouvoir attractif et la force distinctive de la marque au détriment de son titulaire. On dit que la marque se « dilue ». Arquint parle de « Verwässerung und Schwächung » [377]. Quant à Callmann, il résume ainsi l'opinion du tribunal américain dans la célèbre affaire « Tiffany » [378] : « The court in the case decided against the defendant on the theory that the real injury was the gradual whittling away or dispersion of the identity and hold upon the public mind of plaintiff's name. » Citons encore le même auteur [379] : « Dilution presages a process of attrition that slowly but surely destroys the

[377] Arquint, *Op. cit.*, p. 64.

[378] Callmann, *Unfair competition without competition ?* p. 447. Traduction : « En l'espèce, la Cour, tenant compte de l'impression que le nom du demandeur produit sur l'esprit du public, a donné tort au défendeur, pour le motif que le véritable dommage résidait dans la dégradation progressive ou la dispersion de l'identité de ce nom. »

[379] Callmann, *Unfair competition without competition ?* p. 448. Traduction : « La « dilution » présage un processus d'usure qui, lentement mais sûrement, détruit l'« unicité » ou la singularité d'une marque de fabrique. »

uniqueness or singularity of a trade-mark. » Plus loin [380] : « ... constant imitations... will... debilitate the advertising power of the original mark ». Si l'on y ajoute que le public risque d'être déçu par l'absence d'une qualité qu'il attribue aux produits munis d'une certaine marque fort connue, nous sommes en mesure d'affirmer que *de tels agissements sont propres à causer un grave préjudice aux titulaires de marques de haute renommée, en portant atteinte à leurs intérêts économiques.*

Au vu des remarques qui précèdent, on comprend mieux que les spécialistes en matière de propriété industrielle aient agité, depuis longtemps déjà et dans de nombreux pays, la question suivante, tant au regard des droits nationaux que du droit international : Est-il nécessaire d'accorder une protection élargie contre des agissements de cette sorte ? La réponse presque unanime est affirmative.

Au vu des remarques qui précèdent, on comprend mieux que les spécialistes en matière de propriété industrielle aient agité, depuis longtemps déjà et dans de nombreux pays, la question suivante, tant au regard des droits nationaux que du droit international : Est-il nécessaire d'accorder une protection élargie contre des agissements de cette sorte ? La réponse presque uanime est affirmative.

En Suisse, tous les auteurs qui ont étudié ce problème de manière approfondie reconnaissent la nécessité d'une pareille protection. Ce sont en particulier Bolla, Troller et Martin-Achard, dont les opinions divergent toutefois en ce qui concerne le fondement juridique de cette protection.

Dans le domaine international, cette nécessité fut maintes fois affirmée et le sujet abondamment discuté lors de différents congrès internationaux de juristes. Mentionnons notamment les deux congrès de l'AIPPI tenus à Vienne en 1952 [381] et à Bruxelles en 1954 [382], le congrès de Québec, de la CCI, en 1949 [383], celui de Tokio, en 1955 [384]. Enfin la récente conférence diplomatique réunie à Lisbonne en octobre 1958 [385] et au cours de laquelle toutefois plusieurs textes proposés en faveur d'une protection accrue des marques de haute renommée ont été finalement abandonnés [386].

[380] Callmann, *Unfair competition without competition ?* p. 448. Traduction : « Des imitations constantes... affaibliront le pouvoir significatif de la marque originale. »

[381] Annuaire AIPPI 1952.

[382] Annuaire AIPPI 1954.

[383] PI 1949, p. 149.

[384] PI 1955, p. 142.

[385] PI 1958, p. 202 ss.

[386] Voir à ce sujet le rapport de la délégation allemande dans GRUR Auslands- und internationaler Teil 1959, p. 87 à 89.

En outre, la doctrine dominante de plusieurs pays admet que cette protection s'impose et mérite une base juridique solide [387].

Ce besoin de protection trouve encore sa confirmation dans les nombreux arrêts rendus par les tribunaux de différents pays, dont la Suisse. Preuve en est la longue et systématique énumération qu'en donne Saint-Gal dans l'important article qu'il a consacré au parasitisme en matière commerciale [388].

Chapitre IV. FONDEMENT JURIDIQUE D'UNE PROTECTION ÉLARGIE

La nouvelle jurisprudence du TF a notablement changé les rapports entre la LMF et les règles sur la concurrence déloyale. Auparavant, l'application de celle-là excluait celles-ci. Aujourd'hui, elles peuvent entrer en jeu cumulativement. La LCD ne saurait être considérée comme une *lex generalis,* contrairement à l'article 48 CO. Elle offre même, sur certains points, une protection plus étendue que celle de la LMF. Dans le second arrêt du TF [389] qui confirme cette nouvelle jurisprudence, on lit toutefois [390] : « Il va de soi, cependant, que le titulaire de la marque, de même du reste que celui d'un autre droit de propriété industrielle, ne saurait invoquer la loi sur la concurrence déloyale pour éluder les dispositions des lois sur la propriété industrielle, notamment celles qui limitent dans le temps les droits qu'elles confèrent. »

Ainsi, malgré la disposition de l'article 6, al. 3 LMF, la doctrine dominante [391] en matière de propriété industrielle admet l'existence, en dehors de la LMF, de cas où le titulaire d'une marque peut être atteint par des actes qui rentrent dans tel ou tel état de fait visé par quelque autre loi. Aussi partons-nous de l'idée, sans pousser plus avant l'étude de cette question, que la LMF ne met pas obstacle à la protection élargie du titulaire d'une marque de haute renommée, mais assise sur d'autres dispositions légales.

Aux trois principaux auteurs de notre pays qui ont proposé une base juridique pour cette protection accrue en droit suisse correspondent trois solutions différentes. Martin-Achard [392] préconise, en accord avec le juge-

[387] Mentionnons entre autres, pour les Etats-Unis d'Amérique Callmann et Ladas, pour la France Fernand-Jacq et Saint-Gal, pour les Pays-Bas Bodenhausen, pour l'Italie Luzzati, pour l'Allemagne Elsaesser, etc.

[388] Saint-Gal, *Op. cit.,* p. 74 à 80.

[389] Le premier date du 20 mai 1947. Cf. RO 73 II 110 ss = JT 1947 I 581 ss.

[390] RO 73 II 126 ss = JT 1948 I 148 ss.

[391] Cf. entre autres Bolla, *Sulla protezione,* p. 50 et Martin-Achard, *La protection des marques notoirement connues,* p. 117.

[392] Martin-Achard, *La protection des marques notoirement connues,* p. 117 ss.

ment que le Tribunal de commerce bernois a rendu dans l'affaire « Therma », l'application des dispositions sur la protection des droits de la personnalité (art. 28 CCS). Troller [393] veut faire de la marque de haute renommée un bien juridique indépendant (« selbständiges Rechtsgut »), mais auquel une protection suffisante fait défaut actuellement en droit suisse. Quant à Bolla [394], il estime que la LCD est applicable à un cas de cette espèce, pour des motifs que nous allons examiner et discuter.

Notre intention n'est pas de faire une étude critique comparative de ces trois thèses. Nous entendons simplement montrer qu'à notre avis les dispositions sur la concurrence déloyale offrent ici une arme efficace et que la protection élargie des marques de haute renommée entre tout naturellement dans la mission de la LCD, telle que nous l'avons déterminée.

Chapitre V. ÉTUDE CRITIQUE DE LA DOCTRINE

Dans son remarquable travail sur la marque « slogan », Bolla observe notamment que la protection des consommateurs n'a rien d'étranger aux buts finaux de la LCD (cf. art. 2, al. 2 LCD et Matter dans ZBJV 87, p. 467 ss) [395]. Cette opinion est juste et d'importance. En effet la protection élargie d'une marque de haute renommée trouve également la justification de sa nécessité et de son urgence dans cet intérêt public qu'est la protection des consommateurs.

L'auteur se fonde aussi sur la jurisprudence du TF, rendue en application de l'article 48 CO, pour relever que la concurrence déloyale peut consister à tirer profit de la réputation d'autrui, même sans possibilité de confusion entre les produits [396]. Ainsi la solution préconisée par Bolla entrerait dans la théorie que le TF a implicitement développée par sa jurisprudence. On ne saurait cependant, pensons-nous, en retirer la certitude que le TF, placé devant un cas d'emploi abusif d'une marque de haute renommée, aurait appliqué la disposition du CO régissant la concurrence déloyale.

Bolla considère que l'utilisation d'une marque de haute renommée pour des produits de nature totalement différente ne sort pas du cadre de la concurrence économique, de la lutte pour la conquête des marchés, fussent-ils différents. Il en résulte une atteinte aux intérêts matériels en général,

[393] Troller, *La marque de haute renommée,* p. 73 ss.
[394] Bolla, *Sulla protezione,* p. 47 ss.
[395] Bolla, *Sulla protezione,* p. 52.
[396] Cf. RO 58 II 449 ss = JT 1933 I 425 ss et RO 70 II 245 ss = JT 1945 I 75 ss.

qui doit justifier l'application de la LCD, d'autant plus que, selon l'auteur, cette loi a élargi la notion de concurrence déloyale. Nous partageons cette opinion, en relevant toutefois que nous tenons pour erronée l'idée d'après laquelle la LCD aurait élargi le champ d'application du droit de la concurrence déloyale, car tel n'est point le cas [397].

Que dire de cette remarque de Bolla [398] : « ... se il legislatore ha parlato nell' art. 1 cp. 1 LCS di concorrenza economica è unicamente per contrapporla ad altre forme di concorrenza, quale ad esempio la sportiva. » A notre sens, c'est aller trop loin que d'attribuer aux termes « concurrence économique » cette unique portée car, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, la LCD régit bel et bien et exclusivement la *concurrence économique.* D'ailleurs, le nier, c'est faire de la LCD une loi sur les procédés déloyaux en affaires, idée contraire à l'intention du législateur lui-même. Cette opinion de Bolla eût été mieux adaptée à l'article 48 CO !

Nous estimons, avec Bolla, que la marque, comme élément du complexe d'œuvres et de biens commerciaux ou industriels, est éminemment patrimoniale et ne relève point de l'article 28 CCS. Le considérant ci-après, extrait d'un arrêt du TF et cité par cet auteur, nous semble parfaitement judicieux [399] : « Schutzobjekte nach Art. 28 ZGB bilden, nicht aber auch die im Geschäftsbetriebe als solchem begründeten rein ökonomischen Interessen. » Mais nous pensons que Bolla invoque mal à propos, pour appuyer sa thèse, cette remarque isolée du contexte. En effet, dans la phrase précédente, le TF excluait précisément, à tort d'ailleurs, les « gewerbliche Individualisierungsmittel (z. B. Kataloge) » de la classe des « rein ökonomischen Interessen » et les rangeait dans celle des droits de la personnalité. Or sans aucun doute une marque, plus encore qu'un catalogue, constitue un « gewerbliches Individualisierungsmittel ». Par conséquent, tout en adoptant l'opinion de Bolla, nous constatons que l'arrêt précité ne sert nullement son point de vue, bien au contraire.

Approuvons enfin cet auteur, lorsqu'il recommande de ne pas laisser des cas semblables échapper au domaine du droit de la propriété industrielle (LMF et LCD), qui les concerne spécifiquement.

Troller développe des arguments qui tendent à écarter l'application de la LCD aux cas d'utilisation abusive d'une marque de haute renommée pour des marchandises ou produits de nature totalement différente.

L'auteur [400] souligne et condamne cette anomalie que Callmann exprime dans l'intitulé de son important article : « Unfair competition without

[397] Cf. *supra*, p. 60/61.
[398] Bolla, *Sulla protezione*, p. 53.
[399] RO 52 II 370 ss = JT 1927 I 258 ss.
[400] Troller, *La marque de haute renommée*, p. 80.

competition »[401]. Nous verrons que cette opinion procède d'un raisonnement critiquable.

Après avoir rappelé l'avis de Bolla, l'auteur observe que le problème se résume à cette question[402] : « La loi sur la concurrence est-elle une loi dirigée contre la concurrence déloyale ou, d'une façon plus générale, contre tout procédé commercial déloyal ? » Nous estimons, avec Troller, que la LCD est destinée à régir la concurrence économique déloyale. Aussi excluons-nous la deuxième solution. Mais, où Troller nous paraît tomber dans l'erreur, c'est quand il croit que, par loi sur la concurrence déloyale, il faut entendre une loi qui exige, pour être applicable, un rapport de concurrence entre les parties au litige. Or, comme nous l'avons montré dans notre titre précédent, la LCD est en réalité une loi *relative* à la concurrence déloyale, elle protège le potentiel économique d'un concurrent contre toute atteinte, quel qu'en soit l'auteur (un concurrent ou un tiers). Par conséquent, le « *rapport à trois sujets* »[403], auquel on aboutit selon Troller, existe bien, mais il n'empêche aucunement l'application de la LCD. Nous avons conclu que la LCD réprime également la « concurrence par intervention » et nous nous trouvons précisément dans un cas de ce genre, où les trois sujets sont le titulaire de la marque de haute renommée, son ou ses concurrents, l'auteur de l'acte, c'est-à-dire celui qui emploie abusivement ce signe pour des articles d'une nature totalement différente de ceux que couvre la marque originale.

Troller, oubliant les cas de concurrence sans concurrence expressément prévus par la LCD (art. 1, al. 2, litt. *b in fine*), combat ce rapport à trois sujets, à l'aide d'exemples qu'il veut frappants. Citons et traduisons l'un d'entre eux[404] : « Si, par exemple, quelqu'un a vendu avantageusement une machine grâce à une tromperie, l'acquéreur, en tant que lésé, peut se réclamer de la LCD, puisque l'auteur de l'acte a agi de façon déloyale dans le cadre de son activité économique soumise à la concurrence. » Certes, selon nous, cet acquéreur est fondé, entre autres voies de droit, à invoquer la LCD en vertu de l'article 2, al. 2, si les conditions légales en sont remplies. Car il s'agit d'un client, dont le législateur a formellement prévu la protection. Quant aux concurrents du vendeur, ou toute autre personne atteinte dans son potentiel économique, nous savons qu'ils peuvent se prévaloir de la LCD, l'acte incriminé tombant sous le coup de la disposition générale de l'article premier, al. 1.

[401] Callmann, *Unfair competition without competition ?* p. 443 à 467.
[402] Troller, *La marque de haute renommée,* p. 81.
[403] Troller, *La marque de haute renommée,* p. 81.
[404] Troller, *La marque de haute renommée.* Nous traduisons nous-même cette phrase de l'allemand, la traduction française publiée dans PI 1953, p. 81, n'étant pas satisfaisante.

Une autre anomalie, découlant de ce rapport à trois sujets, se produirait, selon Troller, dans les circonstances suivantes. Quelqu'un, grâce à des allégations mensongères, réussit à obtenir un crédit. D'après l'auteur, la théorie de l'application de la LCD aurait pour effet d'attribuer une action en concurrence déloyale, non seulement aux concurrents de l'escroc, ce qui est inconcevable à notre sens, mais encore au donneur de crédit, une banque par exemple, dont la capacité de concurrence serait diminuée par une telle atteinte ! Nous pensons que cet exemple n'est pas pertinent pour les raisons que voici. Pour ce qui regarde les concurrents de celui qui obtient fallacieusement ce crédit, ils ne sauraient invoquer la protection de la LCD contre un acte qui vicie un rapport de droit contractuel, auquel ils sont entièrement étrangers. Quant à la banque, elle a octroyé le crédit sur la base d'une convention entre les deux parties, un *contrat de crédit*. Sur le terrain du droit civil, les rapports juridiques qui lient l'escroc et le banquier sont ainsi de nature purement *contractuelle*. Dès lors les dispositions du CO sur les vices du consentement, spécialement *in casu* l'article 28, régissent la matière et de façon exhaustive. Par conséquent la LCD ne saurait ici trouver application. Dans le domaine pénal, l'acte incriminé tombe sous le coup de l'article 148 CPS, réprimant l'escroquerie. Qu'il nous suffise de rappeler, à l'appui de nos dires, que la violation d'une prohibition de concurrence, insérée dans un contrat de travail, ne se juge jamais par application de la LCD, mais bien d'après les règles particulières du CO relatives à cet objet (art. 356 à 360 CO). Or, s'il est une matière qui jouxte celle de la concurrence déloyale, c'est assurément la violation d'une prohibition de faire concurrence, bien plus que le dol en matière de contrat de crédit ! Le TF a toujours appliqué les seuls articles 356 à 360 CO, attendu qu'ils règlent spécifiquement ces relations juridiques [405]. Bornons-nous à citer un considérant dans lequel le TF fait cette distinction entre le droit de la concurrence (art. 48 CO) et les dispositions régissant la clause de non-concurrence [406] : « La défenderesse n'ayant contracté aucun engagement envers Thomas, sa condamnation repose sur une autre base juridique que la condamnation du défendeur. » Or, en l'espèce, le défendeur, lié au demandeur par une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de vente, fut déclaré responsable du dommage, selon les termes mêmes de l'arrêt, « en vertu d'un contrat ». Quant à la défenderesse, épouse du défendeur, ses actes de concurrence tombaient sous le coup des articles 2, al. 2 CCS, 41, al. 2 et 48 CO, c'est-à-dire, selon le TF, « en raison d'actes illicites ». Et l'arrêt

[405] RO 72 II 80 ss; RO 72 II 419 ss = JT 1947 I 270 ss; RO 76 II 225 ss = JT 1951 I 295 ss; RO 78 II 39 ss = JT 1953 I 318 ss (résumé); RO 82 II 142 ss = JT 1957 I 101 ss.

[406] RO 53 II 321 ss.

observe : « Cette dernière disposition suffit à fonder juridiquement la demande. »

Les développements ci-dessus montrent que l'exemple de Troller ne saurait aucunement entraîner l'application de la LCD, ni quant aux rapports entre les parties au contrat de crédit, ni en faveur des concurrents de l'escroc. Sur ce dernier point, la solution contraire reviendrait à conférer une portée absolue à un rapport de droit relatif.

Troller prévient une objection, non décisive d'ailleurs, d'après laquelle les exemples étudiés plus haut ne peuvent se comparer avec l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée, du fait que celle-ci sert *directement* de moyen de concurrence et justifie ainsi l'application de la LCD. L'auteur y pare à l'aide d'un exemple que nous allons rapporter et qui nous donnera l'occasion de préciser notre pensée.

Rapproché de l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée pour des marchandises de nature totalement différente, le vol d'une voiture par un commerçant serait un acte de concurrence plus direct encore, lorsque le voleur emploierait ce véhicule pour devancer un concurrent auprès d'un client disposé à faire une grosse commande [407].

Il importe de considérer séparément deux aspects de ce procédé, c'est-à-dire les conséquences du vol à l'égard du volé tout d'abord, envers les concurrents du voleur ensuite.

En effet, l'acte « de concurrence » dont parle Troller constitue avant tout, sur le plan du droit civil, un acte illicite (art. 41 ss CO) et, pénalement, un vol d'usage (art. 143 CPS) au détriment de la victime de ce délit. L'auteur de l'acte, le voleur, en est responsable envers le propriétaire de l'automobile. Un rapport de droit relatif, issu d'un acte illicite, s'est établi entre le voleur et le volé, relation juridique à laquelle les concurrents du premier sont complètement étrangers. Il ne saurait donc être ici question de concurrence déloyale, au sens de la LCD, entre ces deux personnes. Certes le ou les concurrents du voleur sont, eux aussi, susceptibles d'éprouver un dommage dû à l'utilisation d'un véhicule soustrait illégalement. Ce dommage paraît néanmoins, selon l'expression de Bruno von Büren, « wettbewerbseigen » car, en principe, chacun est libre de recourir à n'importe quel moyen de locomotion pour dépasser son concurrent dans la lutte pour la clientèle. De plus, le fait que l'emploi de la voiture implique un acte juridiquement interdit ne saurait rendre ce procédé déloyal, au sens de la LCD, à l'égard du ou des concurrents respectueux de la légalité. Car ceux-ci ne disposent manifestement d'aucune voie de droit qui les rendrait habiles à s'en prendre au vol d'usage. Dès lors, en vertu de quel moyen juridique

[407] Troller, *La marque de haute renommée*, p. 81.

seraient-ils fondés à tirer argument de ce délit sur le terrain de la LCD ? Nous n'en découvrons point. En admettant le contraire, on ferait de tout acte illégal une concurrence déloyale, ce qui serait sans doute une hérésie.

En conséquence, nous pensons que les cas d'agissements déloyaux exposés par Troller ne sont nullement comparables à celui qui consiste à utiliser, sans risque de confusion entre les produits, la marque de haute renommée d'autrui.

Nous avons montré qu'on ne peut retenir, pour des raisons différentes toutefois, une concurrence déloyale ni dans l'exemple du vendeur trompant son client, ni dans ceux du contrat de crédit et du vol d'automobile. Tandis qu'il faut voir, dans l'emploi abusif d'une marque de haute renommée pour des marchandises de nature totalement différente, une forme particulière de concurrence déloyale, la *concurrence par intervention,* portant atteinte au potentiel économique du lésé, à l'avantage aussi bien de l'auteur de l'acte que des concurrents de la victime.

Plus loin, l'auteur avance encore d'autres arguments destinés à exclure l'application de la LCD contre l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée. Troller écrit : « ... il n'y a pourtant rien de déloyal à favoriser le développement de sa propre entreprise en s'aidant d'une chose qu'on n'a pas soi-même créée ». Et l'auteur de donner pour exemple les commerçants qui viennent s'installer près de la station d'une ligne de chemin de fer, construite à grands frais et dont ils profitent. Cette démonstration est sans pertinence. Nous avons vu dans notre titre précédent qu'un acte de concurrence déloyale peut consister, soit en une atteinte portée au potentiel économique d'autrui de façon contraire aux règles de la bonne foi, soit en une utilisation abusive, par un concurrent, de son propre potentiel économique, ces deux formes pouvant encore se combiner en une troisième. En l'occurrence, la première forme n'est point réalisée, car on ne conçoit pas que lesdits établissements commerciaux atteignent ou menacent en quoi que ce soit les bases de la capacité de concurrence d'une compagnie de chemins de fer ! Quant à la seconde forme, les avantages dont profitent les commerçants proviennent du fait qu'ils ont choisi judicieusement l'emplacement de leur entreprise (facteurs personnels) et des moyens grâce auxquels ils ont obtenu de façon parfaitement régulière (achat, location, etc.) le terrain, la maison, et qui composent les facteurs matériels de leur potentiel économique. Par conséquent, si cet acte n'a rien de déloyal, ce n'est point parce que l'ordre juridique permet généralement de favoriser le développement de sa propre entreprise au moyen de biens étrangers (théorie de Troller), mais bien parce que le procédé, parfaitement conforme aux règles de la bonne foi, représente l'*exploitation normale du potentiel économique de ces commerçants.*

Pour terminer son « réquisitoire » contre les adeptes de l'application de la LCD en cette matière, Troller écrit [408] : « Ceux qui disent que la concurrence déloyale consiste dans l'appropriation du travail d'autrui se meuvent donc apparemment dans un cercle vicieux. » En effet, selon nous, on ne saurait retenir dans l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée *que* « l'appropriation du travail d'autrui », comme unique condition constitutive de concurrence déloyale. On n'ignore pas que la LCD, à l'article 2, al. 1, exige une atteinte ou une menace à différents facteurs de concurrence que l'expression « intérêts matériels en général » englobe tous. Et cette condition, nécessaire mais non suffisante, est fréquemment réalisée dans l'hypothèse de l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée. Troller la reconnaît quelques lignes plus bas, en relevant qu'un tel acte est de nature à *déprécier la marque*. L'appropriation du travail d'autrui est donc en principe une forme de concurrence admissible, mais elle peut toutefois devenir illicite lorsque certaines conditions sont réunies : la violation des règles de la bonne foi (art. 1, al. 1) et l'atteinte aux bases de la capacité de concurrence (art. 2, al. 1) dans le champ de la concurrence économique.

Dans une réponse à l'article de Troller, pour qui la LCD ne trouve pas application en l'espèce, Blum écrit fort justement ce qui suit [409] : « On peut se demander si la notion de concurrence, telle qu'elle est envisagée dans la législation, ne subit pas une interprétation trop étroite. » Et l'auteur de rappeler le cas de l'article premier, al. 2, litt. *b* LCD. Plus loin, Blum remarque que, selon le Message de 1942, il faut reconnaître comme un « principe général » le fait que des personnes non concurrentes de la victime peuvent commettre des actes de concurrence déloyale, au sens de la LCD. L'auteur appuie ses observations en prétendant que la législation suisse sur la concurrence vise principalement à la protection du public. Nous pensons toutefois qu'il convient de ne pas exagérer l'importance de cette protection et qu'il y a lieu de la regarder, contrairement à l'avis de Blum et de Matter [410], comme un but secondaire de la LCD.

Nous partageons l'opinion de Blum pour lequel [410 bis] : « L'interprétation étroite de la notion de « concurrence » donnée par Troller est par trop théorique et ne répond aucunement aux besoins réels. » Par contre, nous ne saurions approuver Blum lorsque, tombant dans le piège du rapport de concurrence *stricto sensu,* il observe : « Dans le commerce et l'industrie, la concurrence n'existe pas seulement dans le domaine de la vente des produits, mais aussi dans celui de la réclame. » A notre avis, il ne faut point

[408] Troller, *La marque de haute renommée,* p. 81.
[409] Blum, *Op. cit.,* p. 111.
[410] Matter, *Op. cit.,* p. 467.
[410 bis] Blum, *Op. cit.,* p. 112.

isoler et considérer séparément les différents domaines dans lesquels une activité économique produit ses effets. Il arrive souvent qu'une entreprise d'industrie chimique, par exemple, outre la fabrication des produits et leur mise en vente, déploie une activité dans le domaine de la recherche scientifique, tout comme dans celui de la réclame. Il ne fait cependant aucun doute que, nonobstant la diversité des activités d'une entreprise, tous les efforts accomplis, quelle qu'en soit la nature, concourent à la réalisation du but économique de l'établissement. Chercher à tout prix plusieurs « concurrences » *stricto sensu* est une erreur. Aussi ne saurait-on, comme Blum, voir une concurrence *particulière* dans le champ de la réclame. Par conséquent, loin de faire de la réclame une concurrence en soi, gardons-nous de l'extraire du complexe d'œuvres qui caractérisent une activité économique.

Martin-Achard [411] tient la LCD pour inapplicable. Il justifie son opinion de façon trop sommaire, à nos yeux. Il donne cet exemple [412] : « Si, par l'aspect de l'emballage, il n'y a pas de possibilité de confusion, l'usage seul de la marque Kodak pour des chocolats ne paraît pas constituer un abus de concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un procédé contraire à la bonne foi. » L'auteur estime en outre que le seul fait de bénéficier d'une réputation acquise par un tiers n'est pas constitutif de concurrence déloyale [413]. Tel est bien notre avis. Notons toutefois que ce n'est point là l'unique conséquence de l'utilisation abusive de la marque d'autrui pour des produits de nature totalement différente. En effet, le dommage porté au titulaire de la marque de haute renommée (affaiblissement des pouvoirs attractif et distinctif de la marque, atteinte à la réputation attachée à cette marque, etc.), doublé d'une infraction aux règles de la bonne foi, est une condition nécessaire à l'application de la LCD (art. 1, al. 1 et art. 2, al. 1). Or, sans cette atteinte, toute nécessité de protection légale disparaît. Reste le rapport de concurrence, que l'auteur range à tort sous l'appellation générale « possibilité de confusion ». En l'espèce, ce rapport n'existe manifestement pas. Cependant Martin-Achard paraît considérer la relation de concurrence entre l'auteur de l'acte et le lésé comme une condition d'application *sine qua non* de la LCD. Or nous savons qu'une telle conception est erronée et que nous devons reconnaître l'existence de la « concurrence par intervention », comme forme de concurrence soumise à la LCD.

Etudions encore l'opinion de von Graffenried [414] en cette matière. L'auteur nie catégoriquement l'applicabilité de la LCD, en se fondant sur son interprétation restrictive du terme « concurrence ». Il relève que, dans

[411] Martin-Achard, *La protection des marques notoirement connues,* p. 117 ss.
[412] Martin-Achard, *La protection des marques notoirement connues,* p. 118.
[413] Martin-Achard, *La protection des marques notoirement connues,* p. 119.
[414] von Graffenried, *Op. cit.,* p. 99 à 103.

l'hypothèse de l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée pour des produits totalement différents, « construire » néanmoins un rapport de concurrence entre l'auteur de l'acte et le lésé ne va pas sans péril. S'y risquer, c'est rendre la LMF applicable par extension de l'article 6, al. 3 et, conséquemment, exclure l'application de la LCD. Ce raisonnement nous semble judicieux et aurait une portée certaine si nous ne savions que le rapport de concurrence entre auteur de l'acte bénéficiaire et la victime n'est pas ici une condition nécessaire d'application de la LCD. Car l'acte est de nature à affaiblir le potentiel économique du titulaire de la marque, non seulement à l'avantage de l'auteur de l'acte, mais encore à celui des concurrents *stricto sensu* du lésé. Un tel acte, dont les effets se produisent dans le champ de la concurrence économique, tombe bien sous le coup de la LCD.

Citant l'arrêt du TF du 29 janvier 1946 [415], l'auteur observe, à propos de l'application de la LCD [416] : « Das Bundesgericht scheint sie zwar zu bejahen, wobei es jedoch eine eingehende Begründung unterlassen hat. » Or nous n'apercevons rien qui puisse, dans cet arrêt, justifier l'assertion de l'auteur. Non seulement le TF déclare la LCD inapplicable en vertu des règles de droit transitoire, d'où il juge superflu l'examen des rapports entre cette loi et la LMF, mais encore il exclut l'application de l'article 48 CO conformément à sa jurisprudence antérieure, dont l'auteur mentionne les références. Toutefois, depuis lors, le TF a changé de jurisprudence à cet égard et admet désormais l'application cumulative des deux lois, la LCD n'étant pas, à la différence de l'article 48 CO, une *lex generalis*. Mais l'arrêt de 1946 n'autorisait point von Graffenried à prêter déjà pareille opinion au TF.

Au sujet de l'arrêt « Therma » [417], l'auteur résume certains considérants du tribunal bernois [418] : « Wegen des Vorliegens gänzlich verschiedener Waren, Fehlens einer firmenmässigen Verwendung und eines Wettbewerbsverhältnisses kamen weder MSchG, UWG noch Firmenrecht in Frage. » Serait-ce également l'avis du TF sur l'applicabilité de la LCD à un cas de cette espèce ? Nous l'ignorons, mais pensons qu'une telle conception est trop étroite et ne découle pas d'une saine interprétation de la LCD.

Approuvant catégoriquement Troller, pour lequel la LCD demeure inapplicable, Arquint relève que la jurisprudence de nombreux pays s'est pourtant fondée sur les dispositions relatives à la concurrence déloyale et parfois sur la protection des droits de la personnalité. L'auteur écrit cependant [419] : « Dagegen wird jedoch von Troller mit Recht eingewendet, dass auch das

[415] RO 72 II 135 ss = JT 1946 I 331 ss.
[416] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 100.
[417] Cf. ZBJV 1948, p. 222 ss.
[418] von Graffenried, *Op. cit.*, p. 102.
[419] Arquint, *Op. cit.*, p. 65.

UWG nur bei Bestehen eines tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisses zur Anwendung gelangen kann... ». Nous avons déjà fait bonne justice de cette opinion, qui consiste à tenir un rapport de concurrence entre l'infracteur et la victime pour une condition d'application de la LCD.

Sans doute nous admettons, avec l'auteur, qu'une interprétation extensive de l'article 6, al. 3 LMF, touchant la nature des marchandises en présence, et du rapport de concurrence selon la LCD offrirait en droit suisse un remède, ou plutôt un palliatif, au défaut de protection élargie de la marque de haute renommée. Mais Arquint reconnaît, à très juste titre d'ailleurs, que ce moyen serait nettement insuffisant et il propose l'application d'autres dispositions légales, en particulier de l'article 41, al. 2 CO [420]. Or cette dernière règle présente, à l'opposé de la LCD, le désavantage d'exiger comme condition d'application un acte intentionnel. De plus, nous pensons, contrairement à l'auteur, que l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée, comme tout acte de concurrence déloyale, n'implique pas nécessairement cet élément intentionnel.

Au terme de cette analyse critique de la doctrine suisse, nous sommes en mesure de remarquer que toutes les opinions formulées contre l'application de la LCD pour une protection accrue des marques de haute renommée relèvent d'une conception trop restreinte de la notion de concurrence, ou procèdent de raisonnements critiquables.

Nous verrons dans nos conclusions, non seulement que la LCD offre une protection particulièrement adéquate, mais encore que tant l'esprit que la forme de cette loi la rendent naturellement applicable en matière d'utilisation abusive des marques de haute renommée.

Chapitre VI. CONCLUSION

1. *La protection accrue des marques de haute renommée relève du droit de la concurrence.*

Remarquons d'abord qu'il faut tenir la LCD, tout comme la LMF, pour une *lex specialis* par rapport aux dispositions du droit commun. En effet, ces deux lois régissent spécialement la lutte économique, la LMF ne s'appliquant toutefois que dans le domaine de l'industrie et du commerce.

Tant la LMF que la LCD, sous certaines conditions propres à chacune de ces lois, ont pour objet de protéger le libre déploiement, par un concurrent, de son potentiel économique. Certes la LMF ne concerne, à vrai dire,

[420] Arquint, *Op. cit.*, p. 67.

qu'une catégorie déterminée de facteurs de succès économique, les marques, dont cette loi garantit au légitime titulaire l'utilisation exclusive. C'est la LMF qui permet à la marque de remplir, tant à l'égard de l'ayant droit que des consommateurs, ses différentes fonctions [421] et qui confère à ce signe, sous certaines conditions légales, sa pleine valeur. Quant à la LCD, dont la portée est certes moins spécifique, elle complète la LMF en protégeant la libre exploitation, par les concurrents, de tous les autres facteurs de leur potentiel économique [422] et en assurant à ces mêmes concurrents une protection efficace contre les actes qui porteraient atteinte aux éléments de leur propre potentiel économique. D'ailleurs la nouvelle jurisprudence du TF [423], qui autorise les justiciables à invoquer cumulativement la LMF et la LCD devant les tribunaux, confirme notre opinion.

Il n'est pas sans intérêt non plus de comparer notamment l'état de fait de l'article premier, al. 2, litt. *d* LCD et celui de l'article 24, litt. *a* LMF. On constate d'emblée qu'ils concordent parfaitement, quoique le champ d'application de ces deux dispositions diffère. Cette analogie renforce notre idée que ces deux lois sont étroitement « parentes ». Il faut également relever une autre similitude dans le fait que deux dispositions, les articles 2, al. 2 LCD et 27, ch. 1 LMF, assurent aussi la protection des clients, des consommateurs.

En raison de l'étroite connexité du domaine des marques et de celui de la concurrence déloyale dans le système suisse, nous estimons que la protection élargie des marques de haute renommée incombe logiquement au droit régissant la concurrence économique.

Dans la majorité des pays où la protection accrue des marques de haute renommée fut accordée, le juge a résolu la question par les règles sur la concurrence déloyale [424].

Mentionnons seulement l'arrêt « Omega », rendu le 3 février 1959 par la Cour de cassation française, qui a vu, dans l'utilisation de cette célèbre marque suisse pour des marchandises de nature totalement différente, un acte évident de concurrence déloyale [425].

Quant à la doctrine étrangère, la plupart des auteurs approuvent cette jurisprudence et sont d'avis que, faute de protection spéciale, la matière obéit logiquement aux principes relatifs à la concurrence déloyale. Prenons-en pour preuve ce qui suit. Dans le rapport du groupe autrichien de l'AIPPI

[412] Cf. *supra*, chapitre I du présent titre.
[422] Cf. *supra*, p. 115.
[423] RO 73 II 110 ss = JT 1947 I 581 ss et RO 73 II 126 ss = JT 1948 I 148 ss.
[424] Cf. la liste des décisions jurisprudentielles étrangères dans Saint-Gal, *Op. cit.*, p. 74 à 80.
[425] Cf. résumé de cet arrêt dans GRUR Auslands- und internationaler Teil 1959, p. 299.

au congrès de cette association, tenu à Vienne en 1952, on lit [426] : « Les raisons qui ont amené la jurisprudence des pays de l'Union à prévoir ces dernières années une extension de la protection des marques notoirement connues à *d'autres* produits, ne sont pas du domaine du droit des marques, mais du domaine de la *concurrence déloyale.* » Il s'agit, selon cette jurisprudence, d'« *une exploitation déloyale de la propagande* ».

A propos de la jurisprudence américaine, Ladas écrivait en 1938 [427] : « En d'autres termes, les tribunaux se sont définitivement écartés des anciens critères d'après lesquels les dispositions contre la concurrence déloyale étaient appliquées comme si le mot « concurrence » était écrit en grosses capitales et ils se soucient essentiellement de l'adjectif « déloyale ». » Les tribunaux des Etats-Unis consacrent en droit américain la théorie que Bolla propose pour le droit suisse, savoir que la LCD est une loi sur les procédés déloyaux en affaires, opinion que nous ne saurions toutefois partager. En 1955, Ladas [428] observe que celui qui utilise abusivement la marque de haute renommée d'autrui « sera injustement enrichi par l'appropriation d'une renommée et d'une clientèle à laquelle il n'a en réalité aucune part et, partant, aucun droit ». Voilà qui confirme notre point de vue, suivant lequel cette renommée exceptionnelle fait partie du potentiel économique du titulaire. Or nous savons que toute atteinte portée contrairement à la bonne foi à cette base de la capacité concurrentielle du titulaire légitime de la marque est, au regard du droit suisse, un acte de concurrence déloyale.

Sur le plan international, Fernand-Jacq [429] propose d'insérer le texte relatif à la protection accrue de la marque de haute renommée dans l'article 10 bis CUP régissant la concurrence déloyale, plutôt que de modifier l'article 6 bis qui consacre « la règle tutélaire de la spécialisation », propre au droit des marques. L'auteur en conclut : « La notion de notoriété, qui échappe au concept de la marque considérée dans sa fonction propre, est plus compréhensive dans le cadre de la concurrence, inconciliable avec la morale commerciale, que l'article 10 bis a pour objet de sauvegarder. »

Pour finir, nous rapporterons l'opinion de Saint-Gal [430], qui étudie de manière très approfondie le parasitisme commercial en général. L'auteur crée deux catégories d'actes parasitaires, la *concurrence* parasitaire et les *agissements* parasitaires. Seuls ces derniers nous intéressent dans le présent titre. Saint-Gal démontre de façon magistrale que, hormis la différence résultant de l'absence d'un rapport de concurrence dans le cas des agisse-

[426] Annuaire AIPPI 1952, p. 434/435.
[427] Ladas, dans PI 1938, p. 73.
[428] Ladas, dans PI 1955, p. 139.
[429] Fernand-Jacq, *Op. cit.*, p. 191.
[430] Saint-Gal, *Op. cit.*, p. 80 à 103.

ments parasitaires, ces deux catégories d'actes sont de nature similaire et devraient se juger toutes deux en fonction de la théorie générale de la concurrence déloyale. Or l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée pour des produits ou marchandises différents est l'exemple type d'agissement parasitaire, qu'il faut, dans notre système juridique pareillement, assimiler à la concurrence déloyale. En outre, l'auteur fait cette remarque judicieuse et qui vaut également pour le droit suisse, à notre sens [431] : « La notion de la Concurrence déloyale constitue à la fois la somme et le complément de toute la réglementation sur les droits de propriété industrielle. »

2. *Il s'agit d'une concurrence par intervention.*

Nous avons affaire à un rapport à trois sujets, l'auteur de l'acte, le lésé, le ou les concurrents de ce dernier. L'*auteur de l'acte,* à savoir celui qui utilise abusivement la marque, peut être une personne quelconque et, dans le cas particulier, n'est point « concurrent » du lésé. Il porte cependant une atteinte aux bases de la capacité de concurrence d'un autre sujet de droit, la *victime,* dans l'exercice de son activité économique soumise à la concurrence, actuelle ou future, virtuelle ou réelle. L'acte produit ou risque de produire ses effets dommageables dans le champ d'une concurrence à laquelle l'auteur de l'acte est tout à fait étranger. Il n'en reste pas moins que cet abus est de nature à fausser le libre et honnête jeu de la concurrence, en causant directement au lésé un préjudice à l'avantage de *ses propres concurrents.* La LCD, loi relative à la concurrence économique, est donc parfaitement applicable, selon nous.

3. *La nature de la menace ou de l'atteinte est propre à la concurrence.*

L'acte que nous venons d'analyser est de nature à entraîner un dommage pour la victime, savoir notamment l'affaiblissement du pouvoir attractif de la marque, de sa force distinctive, de sa renommée (symbole de qualité, par exemple) auprès du public, en bref de tous les facteurs qui confèrent à ce signe une valeur économique exceptionnelle et qui forment un élément du potentiel économique de son titulaire [432]. Il s'agit bien d'une forme de concurrence économique que nous avons étudiée dans le titre précédent [433] (atteinte directe au potentiel économique d'autrui). En effet la marque et,

[431] Saint-Gal, *Op. cit.,* p. 20.
[432] Cf. dans ce sens von Steiger, *Zur Frage des Schutzes,* p. 115/116 et ZBJV 1948, p. 222 ss.
[433] Cf. *supra,* p. 119/120.

à plus forte raison, celle qui jouit d'une renommée exceptionnelle, rentre incontestablement dans les facteurs de succès économique attachés à une entreprise, au même titre que le capital, les immeubles, les meubles. Telle est d'ailleurs l'opinion de Troller [434], qui écrit : « La marque de haute renommée fait donc partie de l'entreprise, elle-même engagée dans la lutte contre la concurrence. » Et de plus : « ... elle s'élève ainsi au rang d'un véritable élément du fonds de commerce (au sens large) ; tel un capital, elle peut être investie dans n'importe quelle entreprise, quels que soient le but et les débouchés de celle-ci. » Sans aucun doute la marque de haute renommée est, aux yeux de l'auteur, un élément de ce que nous avons appelé le potentiel économique du titulaire.

Le résultat direct de l'utilisation de cette marque par un tiers est donc, comme nous l'avons vu, soit une confusion, soit une « dilution », soit encore les deux ensemble. On sait qu'il n'est pas question d'une confusion entre les produits ou les marchandises, puisqu'ils sont de nature totalement différente. Il s'agit au contraire, dans de nombreux cas, d'une confusion entre les entreprises. Or, cet état de fait est expressément prévu par la LCD à l'article premier, al. 2, litt. *d*.

En outre, l'utilisation abusive d'une marque de haute renommée pour des produits différents « met en péril sa renommée, affaiblit sa valeur, bref, l'avilit » [435]. Tel est le résultat aussi bien de la confusion où tombe le public que de la « dilution » de la marque par suite de son utilisation trop répandue. En effet, dans ce dernier cas, la marque perd son « caractère d'unicité » aux yeux du grand public, d'où une dégradation certaine.

Il ressort de ces observations que nous avons affaire, dans cette hypothèse, à un acte de « concurrence directe par intervention », appartenant à la première catégorie de notre classification.

4. *Infraction aux règles de la bonne foi.*

Ce dommage serait « wettbewerbseigen » et admissible, s'il n'était causé de manière contraire aux règles de la bonne foi objective. Les circonstances particulières à chaque espèce (degré de la renommée, efforts de tous ordres fournis par le titulaire pour acquérir cette renommée et nombre d'autres éléments d'appréciation) aideront le juge à dégager ces règles et à décider si cette « concurrence par intervention » est déloyale, ou non, au sens de la loi suisse.

[434] Troller, *La marque de haute renommée*, p. 79.
[435] Troller, *La marque de haute renommée*, p. 79.

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN
AVRIL MIL NEUF CENT
SOIXANTE SUR LES
PRESSES DE L'IMPRIMERIE
H. JAUNIN S. A., LAUSANNE